



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

과실범의 공동정범에 관한
판례의 연구 및 비판

2020 년 8 월

서울대학교 대학원

법학과 형사법 전공

황 용 현

과실범의 공동정범에 관한 판례의 연구 및 비판

지도교수 이 상 원

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2020 년 5 월

서울대학교 대학원
법학과 형사법 전공
황 용 현

황용현의 석사 학위논문을 인준함
2020 년 7 월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

<국문 초록>

현대 사회는 문명과 과학기술의 발달, 사회구조의 복잡화와 분업의 확대로 다수가 부담하는 주의의무가 유기적으로 결합되어 있다. 이로 인하여 여러 사람이 주의의무를 위반하여 구성요건에 해당하는 결과가 발생한 경우, 결과에 대한 책임을 누구에게 어떤 방식으로 귀속시킬 것인지가 문제된다. 이 경우 주의의무에 위반한 다수의 사람을 공동정범 관계로 의율하면 주의의무 위반과 결과 발생 사이의 인과관계를 총체적으로 판단하게 되어 비교적 용이하게 다수의 책임을 인정할 수 있다. 이에 반하여 다수의 과실범 사이에 공동정범 성립을 부정할 경우 인과관계의 개별적 입증이 요구되어 다수를 처벌하는 것이 상대적으로 곤란해진다.

우리 법원이 다수의 과실범 사이에 공동정범 성립을 긍정한지 60여 년이 경과하였다. 과실범의 공동정범 법리는 ‘삼풍백화점 붕괴사건’, ‘성수대교 붕괴사건’, ‘세월호 침몰사건’ 등 다양한 사건에서 과실을 범한 다수의 행위자들을 효과적으로 처벌하고 구체적 타당성을 도모하는 유용한 논리로 기능하였다. 그러나, 동시에 처벌의 대상과 범위가 점차 확대됨에 따라 형법상 자기책임의 원칙에 위배될 위험성 또한 증가하였다.

과실범의 공동정범을 부정하는 입장에서는 책임주의 원칙상 법리의 적용을 신중하게 하여야 한다는 비판이 꾸준히 제기되고 있다. 과실범과 공동정범의 특성을 고려할 때 과실범의 공동정범은 정범의 범위를 확장하는 효과를 가져와 자칫 잘못 적용될 경우 부당한 가벌성 확장으로 ‘in dubio pro reo’ 원칙에 위배될 소지가 상당하다는 것이다.

이러한 배경에서 필자는 본 논문을 통하여 과실범의 공동정범에 관한 이론을 검토하고, 과실범의 공동정범을 긍정하여야 할 필요성에 대하여 살펴보았다. 이후 과실범의 공동정범에 관한 법원의 판결을 여러 각도에서 비판적으로 분석하였고, 이 과정에서 판결에서 발견되는 여러 문제점과 모순점을 지적하였다. 이를 통하여 법원이 과실범의 공동정범 법리를

보다 신중하게 적용하여야 한다는 점을 언급하였다.

또한, 과실범의 공동정범의 성립요건으로서 ‘주의의무 위반의 공동’과 ‘주의의무 위반과 결과발생 사이의 밀접한 연관성’라는 요건을 제시하고, 그 구체적 의미를 검토하였다. 이후 최종적으로 엄격한 해석원칙에 따라 과실범의 공동정범의 성립요건이 판단되어야 한다는 점에 대하여 논증하였다.

과실범의 공동정범이 문제되는 대부분의 비극적 사고는 국가의 부실행정과 기업의 무분별한 이익추구가 결과 발생의 주요 원인이 된 경우가 많다. 형벌을 통하여 결과에 대한 무거운 책임을 일부 피고인들에게 부담시킨다 하더라도, 근본적인 원인 파악과 문제해결이 이루어지지 않는 한 비극적인 상황은 반복될 수밖에 없다.

우리 법원이 오랜 기간 과실범의 공동정범 법리를 적극 적용하여 왔지만, 범죄예방에 기여한 효과는 실질적으로 미미하였다. 실수와 부주의함은 인간의 본질적인 특성으로 이에 대한 처벌은 필요불가결적인 경우에 한하여 인정되어야 할 것이다. 우리 형법 역시 과실범은 예외적인 경우에 한하여 처벌하고 있다. 형법의 보장적 기능과 책임주의 원칙에 비추어 과실범의 공동정범은 엄격하고 제한된 요건 하에서 신중하게 적용되어야 할 필요가 있다.

주요어 : 과실범의 공동정범, 과실범, 공동정범, 책임주의원칙, 형법의
보장적 기능, 위험사회

학 번 : 2017-23962

<목 차>

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 배경 및 목적	1
제 2 절 연구의 방법 및 범위	4
 제 2 장 과실범의 공동정범 일반론	6
제 1 절 과실범과 공동정범	6
I. 과실범 일반론	6
1. 과실범의 개념	6
2. 고의와 과실의 구별	7
3. 과실범의 구성요건	9
II. 공동정범 일반론	11
1. 공동정범의 의의	11
2. 공동정범의 본질	11
3. 공동정범의 성립요건	14
4. 공동정범의 처벌 및 판단	17
 제 2 절 과실범의 공동정범 인정여부	19
I. 문제의 소재	19
II. 과실범의 공동정범 인정여부에 관한 논의	21

1. 논의의 실익	21
2. 과실범의 공동정범 성립을 긍정하는 견해	23
3. 과실범의 공동정범 성립을 부정하는 견해	27
4. 판례의 태도	29
III. 외국의 사례	30
1. 중국	30
2. 독일	30
3. 일본	33
IV. 과실범의 공동정범을 부정하는 입장에 대한 비판적 검토	37
1. 형법 조문의 해석	38
2. 공동의 범행결의 결여	39
3. 처벌 확대의 우려 - 현실적 필요성	40
 제 3 절 과실범의 공동정범 성립요건	44
I. 문제의 소재	44
II. 과실범의 공동정범 성립요건에 관한 논의	45
1. 행위공동설	45
2. 과실공동·행위공동설	46
3. 기능적 행위지배의 공동설	48
4. 공동주의의무위반설	49
III. 판례의 태도	50

제 3 장 과실범의 공동정범에 관한 판례의 입장	52
----------------------------------	----

제 1 절 서론	52
----------------	----

제 2 절 교통사고에 관한 사례	53
-------------------------	----

I. 자동차 등 운행 관련 사건	53
-------------------------	----

1. 그대로 가자 사건	53
--------------------	----

2. 운전사 동석 사건	55
--------------------	----

3. 선임 탑승자 음주운전 사건	57
-------------------------	----

4. 선임 탑승자 무단횡단 사건	58
-------------------------	----

5. 열차충돌 사건	60
------------------	----

6. 고속도로 연쇄 충돌 사건	61
------------------------	----

7. 서울메트로 열차 추돌 사건	65
-------------------------	----

8. 고속버스 추락 사건	68
---------------------	----

II. 선박 운행·운송 관련 사건	70
--------------------------	----

1. 정기용선자 적재물건 추락 사건	70
---------------------------	----

2. 세월호 침몰 사건	73
--------------------	----

제 3 절 건축사고에 관한 사례	87
-------------------------	----

1. 우암상가아파트 붕괴 사건	87
------------------------	----

2. 구포역 열차전복 사건	91
----------------------	----

3. 삼풍백화점 붕괴 사건	94
4. 성수대교 붕괴 사건	99
5. 마우나오션 리조트 붕괴 사건	103
6. 방화대교 교량상판 붕괴 사건	106
 제 4 절 제조물 하자에 관한 사례	110
1. 크림빵 사건	111
2. 가슴기 살균제 피해사건	113
 제 5 절 의료사고에 관한 사례	122
1. 갑상선암 수술 후 활력체크 미이행 사건	123
2. 자연분만 중 조산사의 과실로 태아가 사망한 사건	125
3. 간호실습학생 정맥주사 사건	127
4. 전자처방 약물주사 사건	130
5. 횡격막 탈장 오진 사건	133
 제 6 절 기타 사례	136
1. 가요콘서트 공연장 사건	136
2. 유치원 통학버스 사건	140
3. 격투기 선수 상해 사건	143
4. 제천 화재 사건	146
5. 요양원 환자 사망 사건	149

6. 공연장 환풍기 추락 사건	151
7. 구의역 스크린도어 사망 사건	154
제 7 절 소결	157
 제 4 장 판례의 입장에 대한 비판적 검토	159
I. 서론	159
II. 공동정범 성립 여부에 관한 판단 누락	161
III. 성립요건 혼재 및 자의적인 판단	163
1. 과실범의 공동정범 성립요건의 혼재	163
2. 성립요건 혼재에 따른 자의적인 판단	166
IV. 인과관계 판단의 오류	168
1. 인과관계의 개별적 판단 오류	168
2. 인과관계 입증책임 전가 문제	169
V. 고의범의 공동정범과의 불균형	171
VI. 공동정범 성립범위의 부당한 확장에 따른 문제	173
1. 공동정범 성립범위의 한계 부재	173
2. 부실한 수사 및 공소제기의 방임	177
VII. 소결	179
 제 5 장 과실범의 공동정범 성립에 관한 제언	180
제 1 절 문제의 소재	180

제 2 절 과실범의 공동정범 성립요건	181
I. 과실범의 공동정범 성립요건 검토	181
II. 주의의무의 공동	183
III. 주의의무 위반과 결과발생 사이의 밀접한 연관성	187
 제 3 절 과실범의 공동정범 엄격해석 원칙	189
 제 6 장 결론	193
 참 고 문 헌	197
 Abstract	201

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 배경 및 목적

우리는 현대문명과 과학기술의 발달로 전례없는 편리함과 풍요로움을 누리고 있는 동시에 이에 상응하는 여러 위험과 일상을 공유하고 있다.¹⁾ 대표적인 예가 도로교통이나 의료·환경·제조물 등의 영역에서 일어나는 실수나 결함 혹은 위험한 행동양식들로, 기술의 발달과 함께 과실(過失)의 의미가 현대생활에서 매우 커지게 되었다.²⁾ 이러한 ‘위험사회(危險社會)’³⁾에서 법규범의 주요 임무는 위험을 예방하는데 있다는 인식이 유력해지고 있다.⁴⁾

누군가의 과실로 타인의 생명 또는 신체가 침해되었을 경우, 우리는 그 사람의 부주의(不注意)함에 형벌을 가하여 응보와 범죄예방이라는 형법의 목적을 달성하고자 한다. 그렇다면 단독 과실범의 경우와 마찬가지로 수인(數人)의 과실이 결합하거나 주의의무에 위반한 다수인의 의사결정이 형법적으로 중요한 침해를 초래한 경우 주의의무를 위반한 다수가 결과에 대한 책임을 공동으로 분담하는 것은 마땅하고 당연하다고 할 것이다.

1) 필자가 본 논문을 작성 중인 2020년 5월에도 경기도 이천에 위치한 물류센터에서 화재가 발생하여 39명이 사망하는 비극적인 사고가 발생했다.

2) 이용식, 과실범이론의 변화에 관하여, 서울대학교 법학연구소, 서울대학교 법학 44권 2호, 2003, 227면 참고

3) ‘위험사회(Risikogesellschaft)’라는 개념은 독일의 사회학자 Beck이 사용한 용어로, 현대산업사회의 발달 배후에 도사리고 있는 문제점, 즉 주로 환경과 관련하여 원자력, 화학, 생태학 및 유전공학적 발전이 내포한 인간생존의 파괴가능성이 존재하는 사회로서 현대사회를 의미한다. Beck, Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986[이용식, “위험사회에서의 법익보호와 적극적 일반예방”, 형사정책 13권 1호(2001), 41에서 재인용].

4) 류전철, 위험사회와 위험형법, 법률행정논총 제18집, 전남대학교법학연구소, 1998. 243면

그런데, 수인(數人)이 주의의무를 위반하고, 구성요건적 결과(사망 또는 상해 등)가 발생하였으나 누구의 과실에 의하여 결과가 발생하였는지 불명확하거나, 여러 명의 과실이 누적적으로 결과에 영향을 미치게 된 경우 등에 있어서 침해의 결과를 누구에게 어떻게 귀속시킬 것인가 하는 문제가 제기된다. 현대 사회에서는 다수인의 주의의무가 복잡하고 유기적으로 결합된 경우가 많기 때문에 다수의 사람이 침해의 결과 발생에 관여된 경우 결과에 대한 책임을 어떻게 귀속시킬 것인가가 쟁점이 되는 것이다.

다수의 과실이 결과 발생과 관련되어 있는 경우 과실이 있는 다수의 행위자를 어떻게 처벌할 것인지는 과실범의 공동정범 논의와 깊게 연결되어 있다. 여러 과실행위자들 사이에 공동정범 관계를 인정할 경우 수인의 과실은 전체적으로 하나로 취급되기 때문에 결과와의 인과관계 입증도 종합적으로 이루어져 결과에 따른 책임을 귀속시키는 것이 매우 용이해진다. 이에 반하여 과실범의 공동정범을 부정하게 될 경우 결과에 따른 책임을 귀속시키기 위해서는 개개의 과실과 결과 사이의 인과관계가 입증되어야 하는 현실적 어려움이 존재한다. 그러나, 형법상 중요한 법익침해가 발생하였음에도 불구하고 인과관계가 입증되지 않았다는 이유로 아무도 처벌하지 않는 것은 법감정적으로도 납득하기 어려울 뿐만 아니라, 법이 마땅히 수행하여야 할 역할을 방기(放棄)하는 문제가 있다.

중국 형법은 과실범에 대하여는 공동정범의 성립을 명문으로 부정하고 있으나, 우리 형법(제30조)은 “2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다”고 규정하고 있어 과실범의 공동정범을 인정할 것인지 여부가 이론과 판례에 맡겨져 있다. 우리 대법원은 1962년 ‘그대로 가자 사건(4294형상598)’에서 과실범의 공동정범을 긍정한 이래 ‘삼풍백화점 붕괴 사건(96도1231)’과 ‘정수대교 붕괴 사건(97도1740)’ 등을 통해 위 법리를 발전시켜 왔고, 최근에는 ‘세월호 침몰 사건(2015도11610)’과 ‘가습기 살균제로 인한 피해 사건(2017도13628)’의 해결에도 과실범의 공동정범 법리를 활용하였다. 대규모의 인명피해를 야기한 사건들에서 과실범의 공동정범 법리는 법관으로 하여금 인과관계가 입증되지 않았다는

이유로 피고인들에게 무죄를 선고하여야 하는 부담감을 덜어주는 유용한 논리로 활용되었다.

그러나, 과실범의 공동정범은 정범의 범위를 확장하는 효과를 가져와 자칫 잘못 적용될 경우 책임주의 원칙에 저촉될 염려가 있다. 또한, 법리가 남용될 경우 부당한 가벌성 확장으로 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로, in dubio pro reo’ 원칙에 위배될 소지도 상당하다. 더욱이 과실범은 고의범에 비하여 행위반가치가 적어 처벌의 당위성이 상대적으로 적기 때문에 과실범의 확장은 신중을 기하여야 할 필요가 있다. 그럼에도 불구하고 우리 판례들은 과실범의 공동정범을 매우 넓게 적용하여, 처벌의 범위를 계속 확장하는 경향을 보이고 있다.

필자가 본 논문을 통하여 문제를 제기하고자 하는 부분은 수많은 판결들이 공동정범의 성립범위를 넓혀 처벌의 대상을 확대하면서도, 가벌성의 확장을 가져오는 과실범의 공동정범의 성립요건과 기준에 대한 논리와 근거를 충분히 뒷받침하지 못하고 있다는 점이다. 상당수의 판결이 법관의 ‘자의적(恣意的)’ 판단에 의존하고 있으며, 이로 인하여 예측가능성이 떨어져 법적안정성과 피고인의 방어권 보장에 상당한 지장을 초래하고 있다. 과실범의 공동정범 성립을 부정하는 견해에서 우려하였던 자의적 판단에 의한 처벌의 부당한 확장이 상당히 우려되는 상황에 이르게 되었다.

이와 같은 배경에서, 본 논문을 통해 판례가 과실범의 공동정범을 적용하여 해결한 다양한 사례들을 살펴보고, 판례의 논리와 입장을 비판적으로 검토함으로써 과실범의 공동정범에 관하여 우리 법원이 향하는 방향성에 문제를 제기하고자 한다.

제 2 절 연구의 방법 및 범위

본 논문은 과실범의 공동정범에 관한 판례의 입장을 체계적이고 전반적으로 검토하여 그 문제점을 파악한 후 과실범의 공동정범의 성립요건과 판단기준을 제시하고자 하였다. 과실범의 공동정범과 여러 대법원 판례를 정리하고 검토한 연구는 여러 차례 이루어졌으나⁵⁾ 위와 같은 연구가 진행된 이후에도 ‘세월호 침몰 사건’, ‘가습기 살균제로 인한 피해 사건’ 등 과실범의 공동정범이 중요한 쟁점이 된 다수의 판례가 등장하였고, 기존의 연구에서 검토되지 않았으나 참고할 만한 판례들도 상당하였다. 이에 과실범의 공동정범의 법리가 적용된 판례를 체계적으로 분류하고 개별 사안에서 법원이 법리를 어떤 방식으로 적용하는지를 종합적으로 검토할 필요가 있다.

이를 위하여 우선적으로 과실범과 공동정범 각각의 개념과 특성, 성립요건에 대하여 살펴보고, 고의범의 경우와 비교하여 검토하였다. 그리고 과실범의 공동정범을 인정할 것인지 여부에 관한 다양한 학설의 대립과 외국의 사례들을 살펴본 다음 과실범의 공동정범을 인정하여야 할 필요성에 대하여 과실범의 공동정범을 부정하는 견해에서 제시하는 논거들을 반박하는 방식으로 논증하였다. 그 다음으로 과실범의 공동정범을 긍정하는 견해들이 어떠한 성립요건 하에서 공동정범 관계를 인정하였는지를 검토하였다(제2장).

이러한 이론적 검토를 토대로 우리 대법원 또는 하급심 판결로서 ‘과실범의 공동정범’에 관한 판시내용이 있거나, ‘과실범의 공동정범’이 쟁점이 되는 사례들의 사실관계 및 주요 쟁점과 내용을 분석하고 이에 대한 간략한 의견을 덧붙였다(제3장). 가능한 다수의 판결을 체계적으로 검토하고자

5) 허일태, “과실범의 공동정범에 대한 판례의 변천”, 刑事判例의 研究 I, 박영사, 2003; 김유근, “과실범의 공동정범의 구조적 문제점”, 법학논총 제26권 제3호, 2009; 이승호, “과실범의 공동정범에 관한 판례의 검토와 학설의 정립”, 형사법연구 제23권 제2호, 한국형사법학회, 2011 등

교통사고, 건축사고, 제조물 사고, 의료 사고 등의 항목으로 나누어 정리하였다.

이후 과실범의 공동정범에 관한 일련의 판결에서 발견되는 문제들을 비판적으로 검토하고(제4장), 최종적으로 과실범의 공동정범 법리가 어떠한 요건과 해석원칙을 통해 적용되어야 할 것인지에 대한 의견을 제시하였다(제5장).

제 2 장 과실범의 공동정범 일반론

제 1 절 과실범과 공동정범

과실범의 공동정범을 인정하여야 할 것인지 그리고 만약 이를 긍정한다면 어떠한 성립요건 하에서 인정하는 것이 책임원칙에 부합하는지 등을 논하기 위해서는 과실범과 공동정범 각각의 개념과 본질, 특성 등에 관하여 살펴 볼 필요가 있다. 이하에서는 과실범의 개념, 고의와의 구별되는 특성, 과실범의 성립요건으로서 주의의무 위반의 의미에 대하여 살펴본 다음, 공동정범의 의의 및 본질, 그 성립요건에 대하여 검토하도록 하겠다.

I. 과실범 일반론

1. 과실범의 개념

과실이란 정상(正常)의 주의(主意)를 태만(怠慢)히 함으로써 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못하는 것을 뜻한다(형법 제14조). 다시 말하면 주의의무에 위반함으로써 인식 또는 의사 없이 구성요건을 실현하는 것이 과실이라고 할 수 있다.⁶⁾ 이와 같은 과실은 종류에 따라 인식있는 과실과 인식 없는 과실, 보통의 과실과 업무상 과실 및 중과실 등으로 분류된다. 한편, 과실의 형법상 체계적 지위에 관하여 고의와 마찬가지로 구성요건 내지 불법요소설, 책임요소설, 이중적 지위설⁷⁾ 등이 논의되고 있다.

6) 이재상/장영민/강동범, 형법총론(제10판), 박영사, 2019, 191면

7) 이중적 지위설에 의할 때 행위자의 객관적 주의의무위반은 구성요건해당성 단계에서, 주관적 주의의무위반은 책임단계에서 심사가 이루어진다.

한편, 과실이라는 것은 기본적으로 결과의 발생을 전제로 이루어지는 ‘사후적 평가개념’으로서 일정한 결과를 전제하지 않고는 성립할 수 없는 개념이다.⁸⁾ 즉, 특정한 구성요건적 결과가 발생한 상황에서 이러한 상황이 누구의 과실로 인하여 발생한 것인지를 규범적인 관점에서 사후적으로 판단하게 되는 것이다. 따라서, 만약 여러 사람이 일견 부주의한 것처럼 보이는 행위를 동시에 했더라도 누구에 의해 결과가 발생했는지가 명백히 밝혀진 경우 결과와 무관한 행위를 한 자의 행위는 애당초 과실로 평가받을 수 없다⁹⁾. 지나칠 정도로 부주의 하였더라도 구성요건결과를 야기하지 않았다면 과실행위로 평가되지 않는 것이다.

과실범은 주의의무에 위반하여 구성요건적 결과를 실현하였다는 점에 그 특징이 있다. 즉 행위자가 객관적으로 요구되는 주의의무를 다하였더라면 결과발생을 당연히 인식·예견하여 결과를 회피할 수 있었음에도 불구하고, 부주의로 그렇게 하지 못하였다는 점에 과실의 본질이 있는 것이다. 그러므로 행위자가 객관적으로 요구되는 주의를 다 하였더라도 결과가 발생할 수밖에 없었다면 그것은 불가항력으로 인한 경우에 해당되므로 과실범이 성립하지 않는다.

2. 고의와 과실의 구별

과실범이란 형법적으로 보호되는 법익을 과실로 침해하거나 위태화한 행위로서 형사처벌의 대상이 되는 범죄유형으로서 고의범(故意犯)에 대응하는 개념이다.¹⁰⁾ 고의는 구성요건의 실현을 인식·의욕함에 반하여, 과실은 행위자의 부주의로 법익침해의 결과를 야기하는 것이기 때문에 불법 및 책임의 정도가 고의에 비하여 낮다. 과실범의 불법과 책임은, 법질서의

8) 배종대, 사법개혁과 판례개혁 -결과적 가중범의 공동정범의 경우를 예로 하여-, 고려법학 제47호, 2006, 8면 참고

9) 배종대, 위 논문, 8면 이하 참고

10) 주석 형법(제5판), 2편, 한국사법행정학회, 편집대표 김대휘/김신, 2017, 252면

명령을 의사에 의하여 위반하는 것이 아니라 부주의에 의하여 위반하는 것이므로 고의범에 비하여 가볍다고 하지 않을 수 없다.¹¹⁾

또한, 형사처벌은 민사적인 제재에 비하여 매우 가혹하며 한 번 가해진 형사제재에 대해서는 그것이 잘못된 경우 원상회복이 불가능하다는 특징이 있다. 따라서 형사처벌은 원칙적으로 고의행위를 대상으로 하며 과실행위는 일부의 특별한 경우에만 처벌의 대상으로 하게 된다. 우리 형법 또한 ‘정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다.’고 규정하고 있다(제14조). 인간의 부주의한 모든 행위가 곧바로 가벌적이고 처벌되어야 하는 불법으로 평가될 수는 없다. 중대한 피해를 야기하고 행위자의 부주의를 형사적으로 처벌하는 것이 정당화되는 경우에 한하여 처벌이 이루어져야 한다. 따라서 과실범은 법률에 특별히 처벌규정이 존재하는 경우에 한해서 처벌되는데 이를 과실책임의 예외적 성질이라고 한다.

고의범과 과실범의 결정적 차이는 과실행위자에게는 정범의 의사가 없다는 점이다. 과실행위자는 침해의 결과를 가져오는 인과과정을 행위지배를 가지고 조종하지 못하고 사태에 대한 지배를 상실함으로써 법적으로 허용되지 않는 결과를 야기했다는 비난이 가하여지는 것이다.¹²⁾ 고도로 기술화되어 가는 현대 산업사회에서 가벌적인 과실범행의 양태들이 다양화되고 있음을 물론이고, 그 발생량도 급증하고 있으며, 이러한 현상은 앞으로도 계속될 것이라는 범사회학적 우려¹³⁾가 존재한다.

11) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 191면

12) 이용식, 과실범의 공동정범, 서울대학교 법학 제44권, 서울대학교 법학연구소, 1999. 4면

13) 주석 형법(제5판), 255면

3. 과실범의 구성요건

(1) 주의의무 위반

고의범의 행위반가치가 법익의 침해 또는 그 위험에 대한 인식과 의사임에 반하여, 과실범의 행위반가치는 주의의무(注意義務) 위반, 즉 부주의에 있다.¹⁴⁾ 주의의무의 내용은 구체적인 행위로부터 발생할 수 있는 보호법익에 대한 위험을 인식(예견)하고 구성요건적 결과의 발생을 방지하기 위하여 적절한 방어조치를 취하는 데 있다. 따라서 주의의무는 결과예견의무와 결과회피의무를 그 내용으로 하는데,¹⁵⁾ 이 중 어느 하나만 위반하더라도 과실은 인정된다.

결과예견의무(結果豫見義務)란 사전에 모든 주의력을 집중하여 자기의 행위로 인하여 발생할지도 모르는 보호법익에 대한 위험을 인식하고 이를 정확하게 판단해야 할 의무를 뜻한다. 이러한 결과예견의무는 예견가능성(豫見可能性)을 전제로 하기 때문에 구체적인 결과를 예견할 수 없는 경우 즉, 예견가능성이 없는 경우 결과예견의무도 인정할 수 없다.

한편, 결과회피의무(結果回避義務)란 결과예견의무가 존재하는 경우에 비로소 인정되는 외적 주의의무로, 법익침해의 위험을 회피하는데 필요한 모든 행위를 취할 의무를 뜻한다. 결과예견의무가 객관적인 예견가능성을 전제로 하는 것처럼 결과회피의무도 객관적 회피가능성을 기초로 한다. 따라서, 회피가능성이 없는 경우 결과회피의무도 인정할 수 없다.

주의의무를 어떠한 기준에 의하여 판단할 것인가에 대하여 주의의무를 객관적 기준에 의하여 결정해야 한다는 객관설(客觀說)과 행위자의 개인적 능력에 따라 판단하여야 한다는 주관설(主觀說)이 대립하는데 객관설

14) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 195면

15) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 195면

이 통설의 입장이다.¹⁶⁾ 객관설에 따르면 주의의무위반이란 ‘객관적 주의의무의 침해’ 또는 ‘사회생활에서 요구되는 주의의 태만’을 의미하게 된다.¹⁷⁾

(2) 구성요건적 결과 발생, 인과관계와 객관적 귀속

과실범은 결과범(結果犯)으로서 일정한 구성요건적 결과가 발생한 경우에만 문제가 된다. 따라서 과실이 존재하는 경우에도 실제 결과에 이르지 않은 경우, 즉 미수에 그친 경우 그 과실행위는 처벌되지 않는다. 한편, 과실은 구성요건적 결과가 발생한 경우 그 결과에 대하여 행위자에게 주의의무위반이 존재하였는지 여부를 사후적·규범적으로 검토함으로써 판단하게 된다.

또한, 구성요건적 결과는 행위자의 주의의무 위반으로 인하여 발생한 것이어야 하고, 그 결과는 행위자에게 객관적으로 귀속될 수 있는 것이어야 한다. 즉 행위자의 주의의무위반과 구성요건적 결과 사이에 사실적 판단으로써 인과관계가 존재하여야 하고, 구성요건적 결과를 행위자의 탓으로 돌리기 위하여 규범적 가치판단의 관점에서 객관적 귀속이 인정되어야 한다. 이를 위하여 사실관계의 측면에서 행위자의 주의의무 위반과 구성요건적 결과 사이에 합법칙적 조건관계가 인정되어야 하고, 나아가 규범적 측면에서 구성요건적 결과를 행위자의 탓으로 귀속시킬 수 있는지 여부가 판단이 필요하다.

16) 객관설에 의하면 행위자의 주관적 예견가능성의 문제는 구성요건과는 관계가 없고 책임에서만 의미를 갖게 된다.

17) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 196면

II. 공동정범 일반론

1. 공동정범의 의의

형법 제30조는 “2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다”고 규정하고 있다. 공동정범(共同正犯)은 범죄에 대하여 다수인의 참가를 필요로 한다는 점에서 교사범·종범과 함께 광의의 공범에 속하지만 어디까지나 정범(正犯)이다. 공동정범은 행위자들의 단독 행위만으로는 구성요건적 결과가 발생하지 아니하더라도, 공동행위자들의 행위를 전체적인 측면에서 살펴볼 때 구성요건적 결과가 발생하였다는 점에 그 특징이 있다. 즉, 공동정범의 행위자들은 타인의 행위를 자신의 행위로서 귀속시킴으로써 결과가 발생하게 되며, 개별 행위자들은 각자가 구성요건의 일부만 실현한 때에도 그 전체에 대한 책임을 지게 하는데 존재 의의가 있다.¹⁸⁾

2. 공동정범의 본질¹⁹⁾

(1) 정범(正犯)으로서의 특성 - ‘기능적 행위지배’

범죄의 참가형태는 정범과 공범으로 구분할 수 있는데, 공동정범, 간접정범은 전자에 해당하고, 교사범과 종범은 교사 또는 방조를 통하여 타인이 정범으로 범하는 범죄에 가담하는 것으로서 공범에 해당한다. 공동정범(共同正犯)은 그 용어의 표현에 드러나듯이 스스로 범죄를 행한 자로서 다수의 정범(正犯)이지 공범(共犯)이 아니다.

18) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 442면 참고

19) 이하 부분은 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 438면 이하를 참고하였다.

정범과 공범의 구별기준에 관하여는 객관설과 주관설, 그리고 행위지배설의 대립이 존재한다. 객관설(客觀說)²⁰⁾은 외부에서 볼 때 구성요건을 스스로 실현시키는 자가 정범에 해당된다는 견해이고, 주관설(主觀說)은 정범과 공범은 모두 결과에 대한 조건을 제공한 점에서 동일하고 결과에 대한 여러 조건 사이에는 차이가 있을 수 없으므로 정범과 공범의 구별은 주관적 요소에 의하여만 가능하다고 한다. 한편, 행위지배설(行爲支配說)은 정범과 공범 구별의 기준을 주관적 요소와 객관적 요소의 결합에서 찾는다는 점에서 절충설이라고 할 수 있다.

정범과 공범의 구별은 객관적·주관적 표준을 종합한 행위지배이론에 의하여 해결하여야 한다. 따라서 정범이란 객관적 행위가담과 의사관여의 정도에 따라 “그 결과가 목적으로 조종되거나 행위를 공동형성한 의사의 작품이라고 볼 수 있을 정도로 구성요건실현을 지배하거나 공동으로 지배한 자”이고, 공범은 이러한 행위지배 없이 타인의 범죄를 야기 또는 촉진한 자를 말한다고 할 수 있다.²¹⁾

이때 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 공동정범에 있어서 행위지배는 기능적 행위지배(機能的 行爲支配)를 의미한다. 즉, 공동정범은 각자가 역할 분담(役割分擔)에 따라 전체계획의 수행에 필요불가결한 부분을 분업에 의하여 공동으로 수행하는 것이며, 이러한 기능적 행위지배에 의하여 공동정범은 각자가 공동의 행위지배를 가진 정범이 되는 것이다.²²⁾

20) 구성요건에 해당하는 행위를 직접 행한 자가 정범이며 실행행위 이외의 방법으로 조건을 제공한 자가 공범이라고 하는 ‘형식적 객관설’과 행위가담의 위험성의 정도에 따라 정범과 공범을 구별하는 ‘실질적 객관설’로 구분된다(이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 438-439면)

21) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 444면 “사태의 핵심형상을 계획적으로 조종하거나 공동형성하는 행위지배를 통하여 그의 의사에 따라서 구성요건의 실현을 저지하거나 진행하게 한 자가 정범이고, 자신의 행위지배에 의하지 않고 행위를 야기하거나 촉진한 자는 공범이라고 한다.”

22) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 443면 “모든 구성요건요소를 스스로 유책하게 실현한 직접정범은 구성요건에 해당하는 행위 자체를 지배한 것이므로, 직접정범에서 행위지배는 실행지배로 나타난다. 한편, 타인을 도구로 이용하여 범죄를 실행한 간접정범에 있어서는 행위지배가 의사지배의 형태로 나타나게 된다.”

(2) 공동(共同)의 의미

앞서 살펴본 바와 같이 기본적으로 다수인이 상호 공동·협력하여 구성요건적 결과에 이르게 되는 것이 공동정범의 본질이다. 이처럼 공동정범은 수인이 공동으로 실행하는 범죄라고 할 것인데 여기서 ‘공동’의 의미를 어떻게 이해할 것인지를 둘러싸고 범죄공동설(犯罪共同設)과 행위공동설(行爲共同設)이 대립하고 있다.

(가) 범죄공동설

범죄공동설은 수인의 행위가 한 개의 구성요건 또는 특정의 범죄를 공동으로 실현하는 것을 공동정범이라는 견해이다.²³⁾ 이 견해에 의할 경우 공동정범은 공동의 대상을 ‘범죄’로 설정하게 되므로 객관적 요소인 구성요건적 실행행위 뿐 아니라 주관적 요소인 고의까지도 공유해야 공동정범이 성립할 수 있을 터이고, 따라서 공동정범의 대상범죄는 원칙적으로 고의범에 한정된다.²⁴⁾

범죄공동설에 있어서는 어떤 특정의 범죄유형을 미리 예정하고 그 범죄를 수인이 공동하여 실현하는 경우를 공동정범으로 보게 되므로 범죄행위의 공동과 범죄의사의 공동이 일치되어야만 공동정범이 성립할 수 있다.²⁵⁾ 범죄공동설에 의할 경우 예컨대 갑은 폭행의 의사, 을은 상해의 의사 병은 살해의 의사를 가지고 공동으로 A를 폭행하였다면 그것은 동일구성요건을 실현하는 범죄의사가 아니므로 각각 자기의 범죄를 실행한 단독범의 경합에 해당된다.

23) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 471면 참고

24) 이승호, 앞의 논문, 166면

25) 심재우, “과실범의 공동정범”, 판례연구 제3권, 고려대학교 법학연구원, 1984, 112면

(나) 행위공동설

행위공동설은 공동정범이란 수인이 행위를 공동으로 하여 범죄를 행하는 것이라고 이해한다. 즉 공동정범은 수인이 한 개 또는 특정 범죄를 공동으로 실행하는 것이 아니라, 수인이 자연적 의미의 ‘행위’를 공동으로 하여 범죄를 수행하는 것이라는 입장이다. 이 견해에 의할 경우 공동정범의 주관적 요건으로서 공동행위자 사이에는 행위를 공동으로 하는 의사가 있으면 충분하고, 반드시 고의를 공동으로 할 필요는 없기 때문에 과실의 공동정범을 인정할 수 있게 된다.²⁶⁾

3. 공동정범의 성립요건

공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 때에 성립된다. 구성요건적 결과를 초래한 여러 행위자의 행위가 형법 제30조에 따라 공동정범 관계로 구성되기 위하여는 어떤 요건이 요구되는지가 문제 된다. (고의범에 있어서) 공동정범의 본질이 정범으로서 ‘기능적 행위지배’의 요건을 충족하여야 한다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 따라서 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건인 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하다.²⁷⁾

공동정범의 본질이 행위자들이 공동의 의사로 역할을 분담하여 기능적 행위지배를 하고 있는 것임에 반하여, 종범은 그러한 행위지배가 없다는 점에서 양자가 구별된다.²⁸⁾

26) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 471면

27) 대법원 2001. 11. 9. 2001도4792 판결

28) 대법원 1989. 4. 11. 선고 88도1247 판결 등

(1) 주관적 요건 - 공동가공의 의사

공동정범은 주관적으로 공동가공의 의사(共同加功의 意思) 또는 공동의 의사를 필요로 한다.²⁹⁾ 공동가공의 의사는 기능적 행위지배의 본질적 요건으로 공동가공의 의사가 있어야만 개별적인 행위가 하나로 결합되어 공범자 전체로서 실행된 행위 전부에 대한 책임인정이 가능하다. 공동의 의사가 없는 경우에는 2인 이상이 죄를 범하였다고 하더라도 공동정범이 될 수 없고, 단지 단독정범이 병존하는 동시범(同時犯)에 불과하다.

공동가공의 의사는 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다.³⁰⁾ 또한 공동가공의 의사는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고, 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립한다.³¹⁾ 나아가, 공동정범은 범죄행위시에 그 의사의 연락이 묵시적이거나 간접적이거나를 불문하고 행위자 상호간에 주관적으로 서로 범죄행위를 공동으로 한다는 공동가공의 의사가 있음으로써 성립하는 것이다.³²⁾

다만 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다.³³⁾ 이처럼 공동가공의 의사는 상호적인 것이기 때문에 어느 일방에게만 공동가공의 의사가 있다면 공동정범이 성립할 수 없다.

29) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 487면.

30) 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001도4792 판결

31) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도9721 판결

32) 대법원 1984. 1. 31. 선고 83도2941 판결

33) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018도7658 등 판결

이상과 같이 공동정범의 성립을 위하여는 공동가공의 의사가 요구되는 데, 과실범의 경우에는 논리적으로 공동의 의사형성이 존재하기 어렵다는 점에서 과실범의 공동정범의 인정여부 등이 문제 된다.

(2) 객관적 요건 - 공동의 범죄 실행행위

공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 측면에서 공동가공의 의사 뿐만 아니라 객관적 요건으로서 행위자 사이에 공동의 범죄 실행행위가 필요하다. 행위자들 사이에 실행행위의 분담이 없는 경우에는 공동정범이 성립할 수 없다. 공동정범의 본질이 정범이라는 측면에서 공동정범의 성립을 위한 공동의 실행행위는 특정한 범행을 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하고, 이를 통하여 개별 행위자가 역할을 분담하여 공동으로 작용함으로써 범행의 실현에 불가결한 구성요소를 이루는 기여를 하는 것을 뜻한다고 할 수 있다.

공동정범은 구성요건을 공동으로 실현하는 것이므로 각자가 모든 구성요건을 충족할 것을 요하지 않으며 구성요건의 일부를 실행한 이상 공동정범이 된다. 또한, 공동정범은 역할분담에 의한 기능적 행위지배에 그 의미가 있으므로, 실행의 분담이 있는지 여부에 대하여는 구성요건에 해당하는 행위에 제한되는 것이 아니라 전체계획에 의하여 결과를 실현하는데 불가결한 요건이 되는 기능을 분담하였느냐가 기준이 된다.³⁴⁾ 즉, 공모자 중 일부가 구성요건 행위 중 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 경우라 할지라도 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정된다면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없다.³⁵⁾

34) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 497면

35) 대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321 전원합의체 판결, 대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도

따라서, 공모자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다.³⁶⁾ 기능적 행위지배의 관점에서 볼 때 행위자 중 1인이 이미 실행에 미친 영향력을 제거한 경우에만 기능적 행위지배가 완전히 소멸되었다고 볼 수 있기 때문이다.

4. 공동정범의 처벌 및 판단

공동정범 관계가 성립될 경우 각자는 그 죄의 정범으로 처벌된다. 공동의 실행행위로 인하여 발생한 결과의 전부에 대하여 공동정범은 각자가 정범으로서 책임을 진다는 의미이다. 공동정범 관계로 연결되는 개별 행위자들은 하나의 범죄공동체를 형성하게 되고 각자 실행한 범행이 전체적인 관점에서 일부에 그치는 경우라 하더라도 범죄공동체의 행위로 야기된 결과에 대하여 전부책임을 지게 되는 것(일부실행·전부책임 원칙)이다.

다만 공동정범 가운데 어느 1인이 공동의사의 범위를 초과한 때에는 그 부분은 공동정범이 아니라 단독정범으로서, 초과 부분에 대하여는 원칙적으로 책임을 지지 않는다.³⁷⁾ 또한, 계속되는 범죄의 도중에 가담한 경우, 후행자는 비록 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다 하더라도 그 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 지게 될 것이다.³⁸⁾ 본인이 결과발생에 기여한 부분에 한하여 책임을 부과하는 것

235 판결, 대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도428 판결 등 참조

36) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1274 판결

37) 다만, 대법원은 “수인이 합동하여 강도를 한 경우 1인이 강취하는 과정에서 간수자를 강타, 사망케 한 때에는 나머지 범인도 이를 예기하지 못한 것으로 볼 수 없는 경우에는 강도살인죄의 죄책을 면할 수 없다”고하여 초과부분에 대한 예견가능성이 있을 경우 공동정범이 성립할 수 있다는 입장이다(대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3162 판결).

38) 대법원 1982. 6. 8. 선고 82도884 판결 “연속된 히로뽕 제조행위 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 비록 그가 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다 하더라도 그 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 지는 것이라고 할

이 책임원칙에 부합하기 때문이다.

한편, 공동정범의 관계가 성립할 경우 행위자들은 본인이 직접 구성요건적 행위를 하지 아니한 경우에도 다른 자들의 행위로 발생한 결과에 대하여도 책임을 지게 되므로, 책임원칙의 관점에서 행위자들 사이에 공동정범 관계가 있다는 점은 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 엄격한 증거가 이루어져야 한다. 판례도 이와 같은 입장이다.

공동정범의 성립 여부는 범죄실현의 전 과정을 통하여 각자의 지위와 역할, 공범에 대한 권유내용 등을 구체적으로 검토하고 이를 종합하여 위와 같은 상호이용의 관계가 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되어야 하며, 그와 같은 입증이 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는 것이다(대법원 2005. 3. 11. 선고 2002도5112 판결).

만약, 다수의 행위자들 사이에 공동정범관계가 성립한다는 점에 대하여 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 아니하였음에도 공동정범관계를 인정하여 다른 행위자의 행위로 인한 결과의 책임을 부담하게 한다면, 이는 부당한 처벌의 확장으로서 책임원칙에 정면으로 위배된다고 하지 않을 수 없다.

것이니, 비록 이 사건에서 甲의 히로뽕 제조행위 전체가 포괄하여 하나의 죄가 된다 할지라도 피고인에게 그 가담 이전의 제조행위에 대하여까지 유죄를 인정할 수는 없다고 할 것이다.”

제 2 절 과실범의 공동정범 인정 여부

I. 문제의 소재

과실범의 공동정범(過失犯의 共同正犯)이란 2인 이상이 공동의 과실행위로 인하여 과실범의 구성요건적 결과를 발생케 한 경우를 말한다.³⁹⁾ 우리 형법 제30조는 “2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다”고 규정하고 있다. 즉 2인 이상이 공동하여 죄를 범하면, 이 조문에 근거하여 공동정범으로 처벌될 수 있기 때문에, 논리 필연적으로 고의범만을 대상으로 하는 교사범(형법 제31조)과 방조범(형법 제32조)의 규정과는 달리 형법 제30조 법문이 반드시 고의범에 국한해서 적용되어야만 한다고 말하고 있지 않다.⁴⁰⁾ 이와 달리 중국 형법은 제25조 제1항에서 명문으로 공동정범의 성립가능성을 고의범의 경우에 한정하고, 제2항에서 과실범에 다수인이 가담하는 경우를 공동정범이 아니라 그 각각을 단독정범으로 처벌할 것을 규정하고 있다.⁴¹⁾

그런데 과실범의 공동정범과 관련하여 제기되는 궁극적인 문제는, 입증되지 아니한 또는 타인의 주의의무위반행위가 다른 가담자들의 부담으로 귀속될 수 있도록 정당화하는 과실범의 공동정범의 성립요건들을 과연 전통적인 형법이론의 범위 내에서 합리적으로 근거 지을 수 있는가에 있다.⁴²⁾

39) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 492면

40) 허일태, “과실범의 공동정범에 대한 대법원 판례의 변화”, 동아법학 제25호, 동아대학교 법학연구소, 1999. 186면

41) 중국 형법 제25조 제1항: 공동범죄란 2인 이상이 공동하여 고의로 죄를 범하는 것을 말한다”. 동조 제2항: “2인 이상이 공동하여 과실로 죄를 범하는 경우, 공동범죄로 처벌하지 아니한다. 이러한 경우 형사책임이 있는 자에 대하여는 각자가 범한 죄에 따라 각각 처벌한다.

42) 김유근, 과실범의 공동정범의 구조적 문제점, 법학논총 제26권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2009, 145면

현대 사회에서 우리는 상존하는 위험과 일상을 공유하고 있다. 이러한 위험사회에서 불확실성을 최소화하려는 욕구를 가진다. 이러한 욕구는 결국 승인되지 않는 특정한 위험의 발생을 지극히 초기단계에서 이미 형법을 통해 차단하려는 경향으로 흐른다.⁴³⁾ 즉, 형법을 통해 위험을 통제함으로써 위험으로부터 자유로운 사회를 만들고자 하는 것이다.⁴⁴⁾ 그러나 위험형법론의 주장을 무분별하게 받아들일 경우 근대 형법의 근간이라 할 수 있는 죄형법정주의, 행위형법의 원칙, ‘의심스러울 경우에는 피고인에게 유리하게’라고 하는 ‘in dubio pro reo’의 원칙 및 비례성의 원칙 등과 같은 전통적-자유주의적 법치국가형법의 체계원칙들은 점차 그 모습을 감추게 될 것이라는 취지의 비판이 제기된다.⁴⁵⁾

과실범의 공동정범 논의 역시 위와 같은 위험형법론의 논쟁과 마찬가지로 형법의 보호적 기능과 보장적 기능이 충돌하는 대표적인 영역이라고 할 수 있다. 다수인의 과실이 복합적인 원인이 되어 위험이 초래되었으나 인과관계 및 책임의 귀속에 개별적인 흠결이 존재하여 행위자들을 처벌하기 곤란한 상황에서 이들을 공동정범으로 인정하게 될 경우 처벌의 공백은 쉽게 극복된다. 전체의 행위를 총합적으로 하나의 행위로 보아 결과에 대한 책임을 귀속시킬 수 있기 때문이다. 그러나, 이 경우 본인이 아닌 다른 행위자의 과실에 기한 책임을 함께 부담한다는 점에서 책임원칙에 반하고 형법의 보장적 기능을 침해할 수 있는 위험도 문제가 된다.

이하에서는 과실범의 공동정범을 인정할 것인지 여부에 관한 여러 입장을 살펴본 다음, 이를 바탕으로 과실범의 공동정범의 성립을 부정하는 견

43) Kurt Seelmann, Risikostrafrecht, KritV, 1992 /최석윤譯, “위험사회” 그리고 환경형법과 마약형법에서 위험사회의 “상징적 입법”, 형사정책연구(제9권 제1호), 1998. 봄호, 238-239면[김재희, 위험사회와 과실의 공동정범, 성균관법학 제23권 제3호, 2011 273면 각주 9번에서 재인용]

44) 류전철, 앞의 논문, 241면. 이러한 배경에서 전통적인 형법이 새로운 범죄유형, 특히 미래의 안전과 관련된 범죄유형에 대처하는데 적합하지 않다고 생각하는 사람들은 위험사회의 새로운 위험에 대처하기 위해 이른바 위험형법을 주장한다.

45) 박광민/이성대, 위험사회의 등장에 따른 형법의 대응, 성균관법학 제18권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 517면

해들의 논거를 비판적으로 검토하는 방향으로 논의를 진행하도록 하겠다.

II. 과실범의 공동정범 인정 여부에 관한 논의

1. 논의의 실익

과실범의 공동정범의 성립을 부정하게 되면 과실을 범한 자들은 개별적으로 과실범의 단독정범에 해당되며, 이들은 동시범(同時犯) 또는 단독 과실범이 경합하는 관계에 있게 된다. 동시범과 공동정범의 가장 큰 차이점은 동시범은 우연성에 의해 동시에 발생한 개개의 범죄(수개의 범죄)가 함께 존재하는 것이고, 공동정범은 수인이 범죄에 참가하여 1개의 범죄가 존재한다는 것이다.⁴⁶⁾

개별 행위자들을 동시범 또는 단독정범으로 처벌하기 위해서는 개개인의 과실과 범죄의 결과 사이에 인과관계가 인정되어야 한다. 그런데 동시범의 경우 독립행위의 경합으로 인하여 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 않을 수도 있다. 바로 이 점을 고려해서 형법 제19조는 “同時 또는 異時의 獨立行爲가 경합한 경우에 그 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 각 행위를 미수범으로 처벌한다”고 규정하고 있다. 만일 이 경우 원인행위가 불명이면 미수범으로 처벌해야 하는데, 과실범의 미수는 범죄의 구조상뿐만 아니라 범규상으로도 존재하지 않아 처벌될 수 없게 된다.

46) 김재희, 앞의 논문, 276면; 대법원 1997. 11. 28. 선고 97도1740 판결 “2인 이상이 상호 의사의 연락이 없이 동시에 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였을 때에는 원칙적으로 각인에 대하여 그 죄를 논하여야 하나, 그 결과발생의 원인이 된 행위가 분명하지 아니한 때에는 각 행위자를 미수범으로 처벌하고(독립행위의 경합), 이 독립행위가 경합하여 특히 상해의 경우에는 공동정범의 예에 따라 처단(동시범)하는 것이므로, 상호 의사의 연락이 있어 공동정범이 성립한다면, 독립행위경합 등의 문제는 아예 제기될 여지가 없다.”

앞서 살펴본 바와 같이 공동정범 관계가 인정될 경우 공동정범관계로 연결되는 과실 행위자들은 구성요건적 결과에 대하여 전부책임을 지게 된다. 이 경우 인과관계와 객관적 귀속 역시 공동정범관계에 있는 행위자들 전체를 하나로 보아 판단된다. 따라서, 과실범의 공동정범을 긍정하는 견해에 따르면 과실범의 공동의 의사연락이 있는 각 행위자들은 하나의 행위주체(공동체)로서 이 주체에 대하여 가하여지는 하나의 주의의무위반이 인정되며 이 주의의무위반과 결과발생사이의 형법적 인과관계의 확정 한 번으로 족하게 된다.⁴⁷⁾ 반면 과실범의 공동정범을 부정하는 견해에 따르면 각자의 행위를 개별적으로 보아 하나의 결과에 대한 원인유무를 논하기 때문에 개개의 행위자별로 형법적 인과관계를 검토하여야 하며,⁴⁸⁾ 이 과정에서 인과관계가 입증되지 아니하는 경우 불가피하게 처벌의 공백이 발생하게 된다.

이처럼 과실범의 공동정범을 인정하는 실익은 여러 사람이 공동으로 과실행위를 하였으나 결과발생의 원인행위가 판명되지 않은 경우이다. 과실범의 미수는 처벌하지 않으므로 인과관계가 판명되지 아니한 다수의 과실행위가 존재하는 경우 과실범의 공동정범을 인정하게 되면 모두가 처벌되지만, 과실범의 공동정범을 부정하면 모두 무죄가 된다. 또한, 다수의 과실이 누적적으로 더해져야만 결과의 발생이 가능한 경우에도 개별 과실과 결과 발생 사이에는 인과관계는 긍정되나 객관적 귀속이 부정되어 모두가 처벌되지 않는 상황이 발생할 수 있으므로, 이 경우에도 과실범의 공동정범을 인정하는 실익이 존재한다.⁴⁹⁾

47) 돌 굴리기 사건(Fall der rollenden Steine, 甲과 乙은 암석파편을 산기슭 아래로 굴러 내리기로 하였다. 돌이 떨어지는 밑이 보이지 않자 밑에 있던 사람이 돌에 맞는 것을 피하기 위하여 두 사람은 밑을 향하여 소리를 질렀으나 아무 대답이 없자 甲과 乙은 각각 바위를 굴러 내렸다. 행인 丙이 바위를 맞아 사망하였지만 누가 굴린 바위에 의한 것인지 밝혀지지 않았다)에서 스위스 연방법원은 개별적인 행위가 결과를 야기하였는가가 아니라 공동으로 행한 전체행위와 결과 사이의 인과관계만 문제삼아 甲과 乙을 모두 과실치사죄로 유죄판결 하였다(BGE IV 1987, 58). [이재상, 과실범의 공동정범, 2011, 274면에서 재인용]

48) 김재희, 앞의 논문, 276면

49) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 495-496면은 과실범의 공동정범을 인정할 필요가 있

2. 과실범의 공동정범 성립을 긍정하는 견해

긍정설은 공동정범 성립을 위한 개념요소로서 ‘고의’가 절대 불가결의 것이 아니므로, 과실범의 경우에도 공동정범의 성립이 가능하다고 한다. 성립을 긍정하는 이론적 근거가 무엇인지에 대하여는 견해가 일치하지 않는데, 행위공동설과 과실공동·행위공동설과 기능적 행위지배설 등이 있다.

기존에는 부정하는 견해가 통설적 지위를 차지하였으나, 오늘날 기업을 비롯하여 분업적 조직을 기반으로 이루어지는 광범위한 형태의 과실범과 관련하여 그 형사정책적 필요성에서 과실범의 공동정범을 인정해야 한다는 견해가 늘어나고 있다.⁵⁰⁾

(1) 행위공동설

는 경우로 첫째 다수인의 과실행위로 인하여 결과가 발생하였으나 인과관계가 불명확한 경우(가령, ① 甲과 乙이 의사연락 아래 야수로 생각하고 발포하여 A가 사망하였으나 甲과 乙 중 누구의 탄환으로 인한 것인지 모를 경우, ② 甲과 乙이 절도하기 위하여 공장에 침입하여 성냥불을 켜고 가다가 버려, 꺼지지 않은 성냥불이 인화물질에 인화되어 화재가 발생하였지만 甲과 乙 중 누가 버린 성냥에 의하여 인화된 것인지 밝혀지지 않은 경우), 둘째 다수인의 공동행위와 결과 사이에 인과관계의 확정이 가능한 경우(예컨대, ① 열 사람이 힘을 합해야 굴릴 수 있는 돌을 산에서 열 사람이 함께 굴러 내리다가 행인에게 피해를 입힌 경우, ② 주식회사의 이사회 결의로 부작용이 있다는 것이 알려진 제품을 회수하지 아니하여 소비자들의 건강을 해하게 한 경우)를 언급하며 이러한 경우 과실범의 공동정범을 인정하는 것이 처벌의 부당한 확대가 아니라 정당한 귀속관계를 인정하여 타당한 결론을 제시할 수 있는 방법이 된다고 한다.

- 50) 김동률 기업 내 이사회 결정의 형법적 책임: 불법적 결정시 공동정범의 성립가능성에 대한 독일에서의 논의를 중심으로, 형사정책연구 제25권 제1호, 한국형사정책학회, 2014, 64면. 과실범의 공동정범을 긍정하는 견해로는 김성룡, 고의론에서 접근한 과실범에 있어서 공동정범, 형사법연구(제16호), 2001. 12. 149면; 김일수/서보학, 새로 쓴 형법총론(제13판), 박영사, 2018, 461면; 문채규, 과실범의 공동정범에 대한 논증도구로서의 기능적 범행지배, 법치국가와 형법, 심재우 교수 정년기념논문집, 1998. 381면; 안성조, 과실범의 공동정범, 형사법연구 제19권 제3호, 2007.; 유기천, 개정형법학(총론강의), 일조각, 1984. 288면; 이용식, 과실범의 공동정범, 형사판례연구(제7호), 1999. 99면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책 467면; 정성근/박광민, 형법총론(전정판 3판), 성균관대학교 출판부, 2020. 553면; 정진연, 과실범의 공동정범, 숭실대학교 법학논총(제8집), 1995. 133면; 등 참조

‘행위공동설’에 의하면 공동정범은 구성요건에 해당하는 실행행위를 공동으로 하면 족하고, 공동의 의사도 행위를 공동으로 할 의사를 의미한다고 해석하므로 과실범의 공동정범을 긍정한다.⁵¹⁾ 행위공동설에 의할 때 공동정범 사이에 (전구성요건적인) 행위를 공동으로 한다는 의사만 있으면 족하고, 반드시 고의의 공동을 필요로 하지 않게 된다. 따라서 과실범에 관하여도 공동정범이 성립할 수 있으며, 고의범과 과실범 사이에도 공동정범은 성립할 수 있다고 한다. 대법원의 판례가 따르는 근거라고 할 수 있다.⁵²⁾

그러나 이 견해는 실행행위만 공동하면 공동정범이 성립한다고 하여 과실범이 공동정범을 인정하고 있을 뿐 과실의 공동정범의 성립요건이 무엇이나에 대해서는 구체적으로 설명하지 못한다⁵³⁾는 비판이 있다. 또한 행위공동설에 대하여는 전구성요건적 자연적 행위의 공동은 형법적으로 아무 의미가 없는 공동행위이기 때문에 이것을 근거로 과실의 공동정범을 인정할 수 없다는 비판⁵⁴⁾이 존재하며, 자연적 행위의 공동과 이에 대한 의사의 공동만 있으면 공동정범을 인정한다는 점에서 과실범의 공동정범을 지나치게 확대한다는 비판⁵⁵⁾을 받는다.⁵⁶⁾

(2) 공동행위주체설

공동행위주체설은 공모만으로는 부족하고 실행행위를 분담하였다고 볼 수 있는 범위에서 공동정범이 성립하며, 공동행위주체가 성립되어 실행행위를 분담한 이상 과실에 의해 결과를 낸 때에도 공동정범이 성립한다는 견해이

51) 임웅, 형법총론(제11판), 법문사, 2019, 461면 참고

52) 1979. 8. 21. 선고 79도1249판결 등

53) 정성근/박광민, 앞의 책, 554면 참조

54) 심재우, 과실범의 공동정범, 고시계, 1980.4. 36면.

55) 이보영, 과실의 공동정범이론, 형사법연구 4, 한국형사법학회, 1991, 90면

56) 행위공동설은 전법률적·자연적 행위를 형법 제30조의 근거로 삼음으로써 형법적 판단의 출발점이 되는 행위정형을 포기하는 흠이 있다는 지적도 있다(신동운, 사례입문 형법총론, 법문사, 111면)

다.⁵⁷⁾

이에 대하여는 공동행위주체는 의사의 연락이 있고 실행행위를 분담한 경우에 성립함에도 불구하고 과실범에 있어서 어떻게 공동행위주체가 성립되는지를 설명하지 못한다는 비판⁵⁸⁾이 있다.

(3) 과실공동·행위공동설(공동의 주의의무위반설)

과실공동·행위공동설은 고의범의 공동정범이 고의의 공동을 필요로 하듯 과실범의 경우 주의의무위반의 공동만 있으면 족하고, 과실의 공동에서 구성요건 행위의 공동이 있으면 과실범의 공동정범을 인정할 수 있다는 견해이다.⁵⁹⁾ 공동정범의 본질에 관하여 행위공동설을 취하면서도 공동정범에 있어서 공동의 의사와 내용은 고의범과 과실범에 있어서 동일하다고 볼 수 없다는 전제에서, 과실범에 있어서는 고의를 전제로 하는 행위지배 또는 기능적 행위지배가 있을 수 없다고 한다. 따라서, 과실범의 정범요소는 주의의무위반이라는 점에서 찾지 않을 수 없으므로 과실범의 공동정범도 주의의무를 공동으로 침해할 것을 요구한다고 해야 한다고 주장한다.

이 견해에 대하여는 공동정범의 본질·성립요건을 무시하고 고의범의 공동정범과 과실범의 공동정범으로 이원화(二元化)한 문제점이 있으며⁶⁰⁾, 고의범과 과실범의 공동정범의 요건을 달리하는 이유를 설명할 수 없다는 비판이 제기되고 있다.

57) 유기천, 앞의 책, 288면

58) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 494면

59) 정성근/박광민, 앞의 책 555면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책 496면

60) 박상기/전지연, 형법학, 집현재, 2018, 260면

(4) 기능적 행위지배설의 입장에서 긍정하는 견해

공동정범의 본질이 기능적 행위지배에 있다는 전제에서 과실범의 공동정범 역시 기능적 행위지배가 인정되는 때에는 성립이 가능하다는 견해이다. 기능적 행위지배가 고의와 과실범죄에 있어서 공동정범을 구성하는 공통의 성립요소라는 전제 하에 과실범의 공동정범에 있어서는 ‘주의의무의 공동’과 ‘기능적 범행지배의 공동’이 성립요소라는 것이다.⁶¹⁾ 이 견해에 의할 경우 과실범에 있어서는 의사연락 또는 범행의사의 공동을 요하지 않고 주의의무 공동과 기능적 행위지배가 있으면 공동정범의 성립이 가능하게 된다.⁶²⁾

이에 대하여는 우선 ‘기능적 범행(행위)지배’란 참가자 자신이 객관적으로 ‘기능적 범행(행위)지배’를 하고 있어야 할 뿐만 아니라 이러한 ‘기능적 범행(행위)지배’에 대한 인식⁶³⁾이 있어야 한다는 주관적 관점을 내포하고 있는 개념인데, 이러한 주관적 관점이 결여된 과실범에서 기능적 범행지배라는 용어를 쓰는 것은 일반적인 개념이해에 혼돈을 야기한다는 비판⁶³⁾이 있다. 즉, 기능적 행위지배도 행위지배의 한 태양이며, 행위지배는 범죄실현의사 내지 고의를 전제로 하는 개념이므로 과실범에 있어서 기능적 행위지배를 인정할 수 없다는 것이다.⁶⁴⁾

61) 심재우, 앞의 논문, 37면; 김일수/서보학, 앞의 책, 462면

62) 심재우, 과실범의 공동정범, 38면

63) 전지연, 과실범의 공동정범, 형사법연구(제13호), 2000. 49면

64) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 494면

3. 과실범의 공동정범 성립을 부정하는 견해⁶⁵⁾

과실범의 공동정범을 부정하는 견해는 공동정범 성립의 핵심요소인 ‘공동의 범행결의’와 공동의 범행계획에 기초한 ‘기능적 행위지배’가 결과발생에 대한 무인식과 무의욕을 특징으로 하는 과실범에 있어서는 인정될 수 없다고 한다.⁶⁶⁾ 공동정범이 되기 위해서는 2인 이상이 공동의 범행결심 하에 기능적으로 역할을 분담하여 구성요건을 공동실현 했어야 하나, 과실의 행위는 “행위결의(Tatenschluß)”가 있을 수 없다는 것이다. 이 견해는 과실범에서는 공동의 범행결심 및 그에 터 잡은 기능적 행위지배를 인정할 수 없다는 점에서 과실범에는 오로지 단독범만 가능하다는 점에서 출발한다.⁶⁷⁾

과실범의 공동정범을 부정하는 견해에 의하면 다수의 주의의무위반이 경합하여 결과가 발생한 경우 공동정범이 아니라 동시범 내지 과실의 단독정범으로 의율하게 된다. 이때 결과발생의 원인관계가 불명한 경우 각자를 미수로 처벌해야 하는데 과실의 미수는 구조적으로 불가능하므로 처벌의 사각지대가 생기는 것을 감수해야 한다. 이와 관련하여 입법정책적으로 과실범의 공동정범이라는 개념을 형성하여 처벌의 누수를 막으려는 시도는 수궁이 가지만, 죄형법정주의에 기초한 형법의 해석으로는 적절치 않다는 지적도 있다.⁶⁸⁾

65) 과실범의 공동정범을 부정하는 견해로는 배종대, 형법총론(제14판), 홍문사, 2020, 427면; 임웅, 앞의 책, 461면; 신동운, 형법총론(제11판), 법문사, 2019, 620면; 박상기/전지연, 앞의 책, 260면; 김성돈, 형법총론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2018, 587면; 이보영, 과실의 공동정범의 이론, 형사법연구 제4호, 1991, 99면; 허일태, 과실범의 공동정범이 가능한가, 고시계 1994.3, 42-43면 오영근, 형법총론(제5판), 2019, 570면 등

66) 서보학, 앞의 논문, 1면

67) 김재희, 앞의 논문, 280면

68) 허일태, 과실범의 공동정범이 가능한가, 55면

(1) 범죄공동설

범죄공동설은 공동정범이 특정한 범죄를 공동으로 하는 것이므로 고의를 같이 하는 범죄에 대하여만 공동정범이 있을 수 있고, 고의범과 과실범의 공동정범은 물론 과실범의 공동정범도 있을 수 없다고 한다.⁶⁹⁾

이 입장은 대법원이 ‘그대로 가자’ 사건을 통하여 과실범의 공동정범을 인정함으로써 주의의무 판단과 인과관계 입증에 편의함을 얻으려고 하나, 이와 같은 실무상의 편익은 국민의 기본적 인권보호를 위하여 마땅히 포기하여야 할 것이고 비판한다.⁷⁰⁾ 그러나 이 견해에 대하여는 공동정범의 성립범위를 지나치게 좁게 해석하여 부당하다는 지적이 제기된다.

(2) 기능적 행위지배설의 입장에서 부정하는 견해

공동정범의 본질은 기능적 행위지배에 있고, 기능적 행위지배란 각 가담자가 공동의 범행결의를 기초로 분업적(기능적)으로 역할을 분담하여 공동으로 작용함으로써 전체적 계획을 실현함에 있어 불가결한 기여를 한 경우에 성립되므로 공동의 범행결의가 불가능한 과실범에서는 공동정범이 성립할 여지가 없다는 견해이다.⁷¹⁾ 이 견해는 과실범에 있어서 과실의 공동만으로 공동정범을 인정한다면 책임원칙과의 충돌이 불가피하다는 것을 이유로 한다. 이 입장에 의할 경우 과실의 공동이 있는 때에는 각자를 동시범으로 취급하게 된다.

그러나 기능적 행위지배도 행위지배의 내용이므로 이 견해에 의하면 과실범에 대하여는 행위지배가 인정될 수 없으므로 공동정범은 물론 단독정범도 있을 수 없다는 부당한 결론에 이르게 된다는 비판이 있다.⁷²⁾

69) 신동운, 형법총론, 620면

70) 신동운, 사례입문 형법총론, 111면

71) 임웅, 앞의 책, 462면; 이보영, 앞의 논문, 99면; 허일태, 앞의 논문, 192면 등

72) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 466면; 정성근/박광민, 앞의 책, 555면

4. 판례의 태도

대법원은 과실범의 공동정범이 성립에 관하여 ‘태신평 사건’⁷³⁾에서 “과실에 있어서는 의사연결의 관념을 논할 수 없으므로 고의범과 같이 공동정범이 있을 수 없고 과실범에 교사방조도 있을 수 없다”고 하여 과실범의 공동정범 성립을 부정하였다. 대법원은 이후 ‘그대로 가자 사건’에서 “형법 제30조에 ‘공동하여 죄를 범한 때’의 ‘죄’는 고의범이고 과실범이고 불문한다고 해석하여야 할 것이고 따라서 공동정범의 주관적 요건인 공동의 의사도 고의를 공동으로 가질 의사임을 필요로 하지 않고 고의 행위이고 과실 행위이고 간에 그 행위를 공동으로 할 의사이면 족하다고 해석하여야 할 것이므로 2인 이상이 어떠한 과실 행위를 서로의 의사연락 아래 하여 범죄되는 결과를 발생케 한 것이라면 여기에 과실범의 공동정범이 성립되는 것”이라고 판시하여 입장을 바꾼 이래 현재까지 일관되게 그 성립가능성을 긍정하고 있다.

판례의 구체적인 입장에 대하여는 이하 제3장에서 자세히 검토하도록 하겠다.

73) 대법원 1956. 12. 21. 선고 4289형상276 판결. 태신평의 선원이 아닌 물품 판매원이 조명용 석유등에 주유를 하다가 과실로 정기여객선인 태신평에 화재가 발생하여 64명이 사망하고 21명이 화상을 입게 된 사안으로, 행위자인 물품 판매원과 선내 등화정비사무 담당자인 3등사무장, 그리고 선박의 업무를 총괄하는 선장에 대하여 업무상실화 및 업무상과실치사상의 공동정범의 책임이 인정될 것이냐가 문제되었다.

III. 외국의 사례

1. 중국

중국은 과실범의 공동정범의 성립을 명문의 규정으로 부인하고 있는 입법례를 취하고 있다. 중국 형법 제25조 제1항은 “공동범죄란 2인 이상이 공동하여 고의로 죄를 범하는 것을 말한다”고 규정하여 명문으로 공동정범의 성립가능성을 고의범의 경우에 한정하고 있으며, 동조 제2항은 “2인 이상이 공동하여 과실로 죄를 범하는 경우, 공동범죄로 처벌하지 아니한다”라고 규정하여 과실범에 다수인이 가담하는 경우를 공동정범이 아니라 그 각각을 단독정범으로 처벌할 것을 규정하고 있다.

입법론적인 차원에서 과실범의 공동정범을 긍정하여야 한다는 논의가 존재하고는 있으나⁷⁴⁾, 실무적으로는 과실범의 공동정범을 적용하여 다수의 과실범을 공동정범으로 처벌할 수는 없는 구조이다.

2. 독일

독일 형법 제25조 제2항은 ‘수인이 공동하여 범죄행위를 실행한 경우, 각자는 정범으로 처벌된다(공동정범)’고 규정하고 있다.⁷⁵⁾ 따라서 우리나라와 마찬가지로 문언의 해석에 따라 과실범의 공동정범을 긍정할 수도 있고 부정할 수도 있다. 그런데 독일은 단일정범개념을 취하는 한편, 구성요건적 결과에 대하여 공동가담자의 범행지배를 요구하고 있기 때문에 종래 판례와 학설은 과실범의 공동정범의 성립가능성을 부인해 왔다.⁷⁶⁾

74) 황보명국, 중국형법학상 과실의 공범론에 관한 개요, 교정복지연구 제3호, 2006, 211면 이하에서 보다 자세한 논의를 확인할 수 있다.

75) 법무부 형사법제과, 독일 형법 한글번역본, 2008, 22면

76) 김유근, 과실범의 공동정범의 구조적 문제점, 151-152면

독일에서 과실범의 공동정범을 부정한 대표적인 사례 중 하나인 ‘성냥불 사건(Streichholz-Fall)’의 사실관계 및 결론은 아래와 같다.⁷⁷⁾

甲과 乙이 절도의 고의로 화학공장에 침입하였으나 전등을 켤 수 없게 되자 성냥불을 켜고 앞을 밝히기로 하였다. 성냥불이 다 타면 버리고 다른 성냥을 켜던 중 불을 끄지 않은 채 던진 성냥불이 인화물질에 인화되어 공장은 전소하고 말았다. 甲과 乙 중 누가 버린 성냥에 의하여 인화되었는지 밝혀지지 않았다. 원심에서는 甲과 乙을 실화죄로 유죄판결하였으나 Schleswig 고등법원은 개개의 행위와 결과 사이에 인과관계가 인정되지 않는다는 이유로 이를 파기하였다.

이와 같이 독일 법원은 다수의 과실이 경합하여 결과가 발생한 경우 과실이 있는 다수 관여자들을 공동정범형태로 처벌하지 아니하였다. 독일 법원은 기본적으로 과실범의 경우에는 다수의 정범이 각각 독립행위로서 경합할 수 있을 뿐이며, 공동정범은 물론이고 협의의 공범도 성립할 수 없다는 입장이다.⁷⁸⁾

1990년 ‘피혁보호분무기’가 문제된 사건에서 그 입장을 일부 선회하였다. 독일연방최고법원은 인체에 유해한 피혁보호분무기를 회수하지 아니한 회사의 경영진들에 대한 형사책임이 문제된 사건(피혁보호분무기 사건, BGHSt 37, 106)에서 회사 경영진들에게 부작위에 의한 과실치상죄를 인정하였다.⁷⁹⁾ 위 사건의 주요 사실관계 및 독일연방최고법원의 결론은 아래와 같다.⁸⁰⁾

77) OLG Schleswig NSTz 1982, 116 [이재상, 과실범의 공동정범, 274면에서 재인용]

78) BGH VRS 18 425(421 f.) [신동운, 앞의 책, 616면에서 재인용]

79) Werner Beulke·Gregor Bachmann, Die Lederspray Entscheidung, JuS 1992, 743-744 면은 위 사례가 과실범의 공동정범을 인정하지 아니하고 피고인들을 개별 과실범으로 처벌한 사례라는 전제 하에, 이 사건에서 피고인들 사이에 과실범의 공동정범 관계를 인정하여야 한다고 주장한다.

80) 사건의 사실관계 및 판결요지는 김동률, 기업 내 이사회결정의 형법적 책임, 56면 이하와 탈터페론, 조병선 역, 1990년 7월 6일 독일연방최고법원의 형법적 제조물책임에 대한 피혁보호분무기-판결, 223면 이하를 참고하였다.

W와 M 주식회사는 주로 구두나 의류 등 피혁제품에 바르는 스프레이를 생산하는 회사로 자회사들을 통해 이 제품을 판매하고 있었다. 1980년 늦가을부터 소비자들이 스프레이를 사용 한 후 다양한 건강이상 증세를 호소하였고 피해접수 이후 회사는 자체 조사를 거쳐 스프레이의 성분을 변경하였다. 그럼에도 1981. 2. 14경 다시금 피해사례가 접수된 이후 추가로 4건의 피해가 발생하였다. 이에 회사의 운영진은 1981. 5. 12 대책회의를 개최하였는데 당시 참석자는 W, M, S 회사의 대표와 회사그룹의 중앙연구센터의 소장 B 등이었다. 참석자들은 기존 제품을 판매중지 또는 제품회수는 하지 아니하되, 용기에 기재된 경고문구를 개선하기로 합의하였다. 그러나 대책회의 이후 추가적으로 38건의 피해가 발생하였고, 1983. 9. 20 결국 보건당국의 개입에 따라 해당 회사들은 제품판매 중지 및 회수조치에 나섰다.

독일연방최고법원은 대책회의 이전인 1981. 2. 14 피해사례 5건에 대해서는 과실책임만을 인정하였다. 이유는 사례 F가 발생할 당시 이후 4건의 피해를 유발한 제품이 이미 시중에 있었으므로 문제된 제품을 회수하지 아니한 책임을 물을 수 없다는 것이다. 피고인들은 부작위에 의한 과실치상으로 처벌되었다. 하지만 독일연방최고법원은 대책회의 이후 발생한 38건의 피해사례에 대하여는 38개의 제품 중 28개는 이미 시중에 있었고 10개는 회의 이후 추가로 제조되어 판매되었다는 점에 주목하여 앞의 28건의 피해에 대해서는 부작위에 의한 상해죄를 인정하였고 뒤의 10건에 대해서는 작위에 의한 상해죄에 해당한다고 보았다.

위 피혁보호분무기 판결의 등장 이후 독일에서는 과실범의 공동정범을 인정해야 한다는 견해가 점차 힘을 얻기 시작했다.⁸¹⁾

과실범의 공동정범과 관련하여 참고할 만한 또 하나의 사건으로는 2010년 두이스부르크(Duisburg)에서 열린 러브 퍼레이드에서 다수의 인명피해가 발생한 사고이다. 위 사고는 러브 퍼레이드에 방문할 예상 방문객 수가 실제 방문객보다 훨씬 적게 추산되었고 퍼레이드 현장에서 방문객들의 이동흐름을 적절하게 통제하지 못하여 진입통로에서 병목현상이

81) 루이스 그레코, 고명수·윤재왕 譯, 과실의 공동정범 - 하나의 비판, 안암법학, 2019, 288면 참고

발생하였고, 이 과정에서 21명이 사망하고 652명이 부상당한 사건이다. 이 사건에서 퍼레이드를 주최한 주최측 책임자들, 시청 측 공무원들 그리고 경찰관들이 수사대상에 올랐으나 범죄혐의 입증이 쉽지 않아 최근 기소중지로 종료되었다.⁸²⁾

국내에는 이와 유사한 사건으로 ‘가요콘서트 공연장 사건(2006도5388 판결)’이 있는데, 아래 제3장에서 후술하는 바와 같이 우리 법원은 공연 주최자, 관련 공무원, 경비업체 및 공연 프로듀서에 이르기까지 사건에 관계된 거의 모든 관여자들을 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 처벌하였다.

3. 일본

일본 형법 제60조는 ‘2인 이상 공동하여 범죄를 실행한 자는 전부 정범으로 한다’고 규정⁸³⁾하여 독일 및 우리나라와 마찬가지로 과실범의 공동정범의 인정여부가 이론과 실무에 맡겨져 있다. 일본 최고재판소는 초기에는 과실범의 공동정범을 부정하였다가, 음식점을 공동으로 경영하는 피고인들이 과실로 법정기준치 이상의 메탄올이 함유된 위스키를 고객에게 판매하여 고객이 상해를 입은 사건⁸⁴⁾을 계기로 계속하여 과실범의 공동정범을 긍정하고 있다. 학계의 통설적인 입장은 판례와 마찬가지로 과실범의 공동정범을 긍정하고 있다.

일본 학계에서 유력한 지지를 받고 있는 大塚 교수의 입장은 아래와 같다.⁸⁵⁾

82) 루이스 그레코, 고명수·윤재왕 譯, 앞의 논문, 284면 참고

83) 법무부 형사법제과, 일본 형법 한글번역본, 2007, 39면

84) 最判 昭和 28. 1. 23 刑集 7권 1호 30면 [김환진, 일본의 과실범의 공동정범론, 2001년 한국형사법학회 하계 학술대회 논문집, 한국형사법학회, 2001, 49면에서 재인용]

85) 大塚 仁, 過失犯の共同正犯の成立要件, 法曹時報43卷 6號, 平成3年, 6면

과실범 공동정범 성립의 핵심요소는 2인 이상의 행위자가 공동의 주의의무를 공동하여 위반하였다는 점이다. 이때 공동의 주의의무란 공동의 행위자가 본인의 행위로부터 구성요건 결과를 발생시키지 않을 것은 물론이고, 다른 공동 행위자가 주의의무를 위반하여 구성요건 결과가 발생하지 않도록 주의를 환기시켜야 할 주의의무를 포함한다. 형법상 공동의 주의의무가 인정되는 경우는 공동의 행위자 전원이 법적으로 대등, 평등한 지위에 있고 각자가 지켜야 하는 개별적인 주의의무도 서로 공통적인 경우이어야 한다. 법적인 지위가 서로 다른 행위자 상호 간에는 사실적인 의미에서 공동행위에 대한 공동의 주의라는 관념이 인정될 수 있다고 할지라도 공동 행위자 전원을 모두 정범이라고 볼 수 있는 연대적인 주의의무는 인정될 수 없다.

즉, 과실범의 공동정범 성립범위를 제한하기 위하여 원칙적으로 다수의 과실범 사이의 법적인 지위가 대등, 평등한 경우에 한하여 공동정범 관계가 인정될 수 있다는 것이다.

일본에서 과실범의 공동정범이 문제된 대표적인 사례들을 살펴보면 다음과 같다.⁸⁶⁾

과실범의 공동정범을 긍정한 사례로는 ①피고인들이 정박 중인 관광선을 보고 술에 취한 나머지 호기심에 이를 운항하다가 위 선박을 해안에 충돌·좌초시켜 선박을 파괴한 사안(佐世保簡略式命令 昭和36년 8월 3일 下刑集 3권 7·8호 816), ②건널목을 지키는 철도청 직원들인 피고인들이 열차의 접근확인, 신호 표시기의 변경 그리고 차단기폐쇄라는 업무를 태만히 하여 건널목에 진입한 승용차와 열차를 충돌하게 한 결과 승용차에 탑승했던 2명이 사망한 사안(京都地判 昭和40년 5월 10일 下刑集 7권 5호 855), ③설상투어를 하면서 발생한 눈사태에 참가자들이 사상에 이른 경우 인솔자들에 대하여 과실범의 공동정범을 인정한 사례(札幌地裁小樽支部判平成12.3.21 平成11年(わ)第29号), 환자에 대한 특정 의약품의 투여를 의사로부터 지시받은 간호사A가 이 의약품에 소독약이라는 라벨을 잘못 부착하여 환자 곁에 놓아둔 후, 간호사 B가 이를 확인하지 아니하고 바로 옆에 있던 라벨이 없는 소

86) 사례의 사실관계와 판시내용은 김환진, 위 논문, 50면 이하와 김유근, 과실범의 공동정범의 구조적 문제점, 153면 이하를 참조하였다.

독약을 환자에게 투여한 결과 환자가 사망한 사안(東京地判平成12.12.27 判例時報 1771호 168면) 등이 있다.

반면, 과실범의 공동정범을 인정하지 않은 사례로는 ①피고인 甲과 乙은 같은 병원에 근무하는 외과의사로서 외과치료실에서 외래환자 A를 공동으로 진료, 치료하면서 甲의 제안으로 A에게 전신마취를 하기로 하고 乙이 간호사 丙에게 올펜소다 주사를 지시하였으나 丙이 잘못하여 다른 약품을 주사함으로 인해 A가 사망한 사건에서, 원심은 갑, 을에 대하여 업무상과실치사죄의 공동정범을 인정하였지만 항소심은 “피고인 甲이 주치의가 아니라든가 현실적으로 丙의 주사행위에 관여하지 않았다고 하더라도 업무상 주의의무는 인정되는 것”이라고 하며 피고인들 모두에게 책임을 긍정하였는데 “본건은 甲, 乙 그리고 丙의 과실행위가 경합한 것에 불과하고 형법에서 말하는 이른바 공범이 아니다”라고 하여 공동정범이 아닌 단독정범으로 처벌하였다 [廣島高判 昭和 32년 7월 20일(裁特 제4권 追録 696면)].

한편, ② 공사책임자 甲이 종업원 乙, 丙 등 2명과 같이 청사의 지붕을 수리하던 중, 지붕의 덮개 판자 등이 연속되는 무더위로 고온, 건조해져 있었음에도 불구하고 종업원에게 지붕 위에서의 흡연을 금지하지 않고 스스로도 같이 흡연한 결과 甲, 乙, 丙 등 누군가의 담배꽁초 등으로부터 불이 옮겨 붙어 위 청사가 소훼된 사건에서, 검찰은 甲과 乙, 丙이 의사연락이 있고 같이 흡연한 중대한 과실에 의하여 본건 화재가 발생하였다는 것으로 피고인 등 3명에 대하여 과실 공동정범이 성립한다는 견해를 취했지만 법원은 “본건 화재의 발생이 甲 자신의 흡연에 기인하는 것인지 또는 종업원 두 사람의 흡연에 기인하는 것인지는 명확하지 않지만 본건에서와 같은 기상조건, 목조건물의 지붕공사에 있어서는 甲 자신이 술선하여 흡연 등을 하지 않을 주의의무가 있고 또한 주변의 종업원에 대해서도 흡연 등을 하지 않도록 조치를 취해야 할 주의의무가 있음에도 불구하고 甲이 동시에 위의 두 개의 주의의무를 게을리 한 결과 피고인 자신을 포함한 3명 중 누군가의 흡연에 의한 실화로 타인이 현주하는 건조물을 소훼한 것”이고, “甲과 乙, 丙 등과의 사이에는 지붕공사라는 공동목적 내지는 공동행위관계는 존재하지만 흡연에 대해서는 단지 시간과 장소가 같았다는 우연관계가 있을 뿐 흡연에 대한 의사가 서로 통했다든가 공동의 목적에서 흡연했다든가 하는 관계는 없다 할 것이고 본건에 대하여 과실의 공동정범에 관한 이론을 적용하는 것은 상당

하지 않다”라고 판시하여 피고인 甲을 중실화죄로 처벌하고 乙, 丙과의 공동정범 성립을 부정하였다.

그리고 ③ 에드벌론 광고를 업으로 하는 회사의 사장 甲이 종업원 乙에게 에드벌론을 게양, 하강, 계류하게 하고 이에 대한 감시 등을 지시하였는데, 乙이 며칠 연속 에드벌론을 게양 후 지면으로 내린 후에도 수소가스를 빼지 않고 지상에 묶어 둔 채 귀가하였는데 쭈그러든 에드벌론 속에 어린이 2명이 갇혀 사망한 사건에서, 법원은 종업원 乙에게는 업무상과실치사죄를 인정하였으나 甲에게는 공동정범 관계를 부정하였다. 재판부는 “공동으로 범죄를 실행하려는 의사의 연락이 없더라도 공동행위자 각자가 부주의한 행위를 하고 그 부주의가 서로 그 영향을 주고받음으로써 전체로서 하나의 부주의가 형성되어 그로부터 결과가 발생했다고 평가되는 경우에는 과실공동정범이 성립한다”고 할 것이나, 甲과 乙 각 행위에는 그러한 관계가 보이지 않는다는 이유로 공동정범의 성립을 부정하였다

이처럼 일본의 판례들은 기본적으로 과실범의 공동정범 법리를 인정하는 상황에서 개별 사안의 구체적 특수성을 고려하여 공동정범 관계의 인정여부를 판단하고 있다. 우리나라 판례와 일부 학설이 횡적인 관계에서만 뿐만 아니라 종적인 지휘·관리·감독관계에서도 공동정범의 성립을 긍정하는 반면, 일본의 경우 공동가담자들은 대등·평등한 횡적 관계에서만 공동정범의 성립을 인정하고 있다⁸⁷⁾는 점에서 차이가 있다. 일본의 판례는 우리나라의 판례에 비하여 과실범의 공동정범을 인정하는 범위가 상당히 제한적이라고 할 수 있다.

87) 김유근, 과실범의 공동정범의 구조적 문제점, 154-155면 “관리감독관계는 종적인 관계로서 그 협력의무의 대등성과 동등성을 근거지우지 못하며, 부작위범 또는 ‘감독과실’의 법리에 따라 단독정범의 형식으로 그 해결을 모색한다.”

IV. 과실범의 공동정범을 부정하는 입장에 대한 비판적 검토

과실범의 공동정범을 부정하는 견해에서는 주로 과실범에 있어서는 공동정범의 본질인 기능적 행위지배를 인정할 수 없으며, 이를 인정하게 될 경우 처벌의 부당한 확대를 초래할 염려가 있다는 점을 지적한다. 즉, 과실범의 공동정범을 긍정할 경우 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익을 위하여’라는 원칙(in dubio pro reo)에 반하여 피고인에게 불리하게 작용하기 때문에 이를 인정하여서는 아니된다는 것이다.

그러나, 과실범의 경우에도 공동정범을 통해 행위자들에게 발생한 결과 전부에 대한 책임을 인정할 필요가 있는 경우가 있다. 특정한 결과를 방지해야 할 책임이 여러 사람에게 공동으로 지워져 있는 경우에 과실범의 공동정범 개념은 특정한 결과에 대한 책임에 따른 측면이라는 점에서 성립가능하다.⁸⁸⁾ 또한, 단독으로 주의의무를 위반한 경우에는 과실범으로 처벌됨에도 불구하고, 여러 명이 공동으로 주의의무를 위반하였고 누구의 과실에 의한 것인지 밝혀지지 아니하였다는 이유만으로 주의의무를 위반한 자들을 모두 처벌하지 않는 것은 법감정에 비추어 볼 때에도 수용하기 어렵다.

이하에서는 과실범의 공동정범을 부정하는 입장에서 주로 제시하는 논거들을 비판적인 관점에서 살펴봄으로써 결론적으로는 과실범의 공동정범을 긍정하여야 한다는 점을 주장하고자 한다.

88) 김재희, 앞의 논문, 286면

1. 형법 조문의 해석

과실범의 공동정범을 부정하는 일부 견해는 형법 제30조가 무엇을 공동으로 하는지 분명치 않은데 고의 이외의 과실까지 인정한다면 ‘in dubio pro reo’라는 형사소송법의 대원칙을 망각하기 쉽다는 비판을 제기한다.⁸⁹⁾ 또한, 과실 공동정범의 긍정론은 ‘집단과실’에 대한 정책적 처벌 필요성에서 형법 제30조를 ‘인위적’으로 꿰어 맞춘 이론으로서 형법의 법치국가성을 무너뜨리고, 허용되는 해석의 한계를 넘는 무리한 해석론이라고 지적한다.⁹⁰⁾

그러나, 우리 형법 30조는 ‘2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때’라고만 규정하고 있을 뿐 이 때의 ‘죄’가 고의범죄에 한정되는지, 과실범죄를 포함하는지에 대해서는 명확한 언급을 하지 않고 있다. 또한, 형법 제정 시의 입법자의 의사가 제30조에서는 고의범의 공동정범만을 규정한 것이라고 보기도 어렵다. 따라서 과실범죄에 대하여 공동정범의 성립을 긍정한다고 하여 법문의 해석에 반한다고 할 수는 없다.

법문의 해석은 문언의 표현을 기초로 하여 해석의 한계를 벗어나지 않는 범위에서 충분히 합목적적으로 이루어 질 수 있다. 따라서, 과실범의 공동정범을 인정할 필요가 있는 이상 형법 제30조의 ‘죄’에 고의범 뿐만 아니라 과실범을 포함시키는 것이 법문에 반하는 해석이라고 보기는 어렵다.

89) 이보영, 앞의 논문, 99면; 전지연, 앞의 논문, 40면은 형법 제30조의 입법취지를 재구성하면서, 동 조문의 실질적 기초자였던 김병로 대법원장이 관여한 ‘태신희 사건’에서 “과실에 있어서는 의사연락의 관념을 논할 수 없으므로 고의범과 같이 공동정범이 있을 수 없고”라고 판시한 점에 비추어 볼 때, 우리 입법자는 고의공동정범만을 상정하고 제30조를 입안한 것이라고 추정한다.

90) 배종대, 앞의 논문, 18-19면 참조

2. 공동의 범행결의 결여

과실범의 공동정범을 부정하는 가장 주된 논거는 과실범에서는 공동의 범행결의를 인정할 수 없다는 것이다. 즉, 고의범의 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서 행위자들 사이의 공동의 범행결의가 요구되는데, 과실범의 경우에는 행위자들 사이에 공동의 범행결의를 인정할 수 없으므로 공동정범이 성립할 수 없다는 것이다.⁹¹⁾ 또한, 과실범의 의사연락은 형법적으로 무의미한 사실행위에 대한 의사소통일 뿐이고 범행모의와 아무 상관이 없다고 한다.⁹²⁾

그러나, 이러한 비판은 고의범과 과실범의 구조적 차이를 간과한 것으로써 과실범의 공동정범을 부정하는 근거로서 적절한 비판이 아니다. 고의범이 결과를 인식 의욕하면서 실현하는 범죄임에 반하여, 과실범은 주의의무에 위반하여 결과를 야기하는 범죄이다. 따라서 범죄의 참가형태와의 관계에서도 고의범의 공동정범과 과실범의 공동정범의 요건은 구별하지 않으면 안 된다고 할 것이다.⁹³⁾

즉, 과실범의 단독정범에서도 행위결의는 필요로 하지 않고, 주의의무위반으로 결과를 발생케 하면 족하다고 하면서 과실범의 공동정범에 대하여는 공동의 범행결의를 요구하는 것은 모순⁹⁴⁾이라는 생각이다. 과실범의 단독정범은 과실범에 타당한 정범기준(즉 주의의무에 위반하여 침해의 결과를 야기하는 것)에 의하면서, 과실범의 공동정범의 경우에는 고의범에서의 기준(즉, 공동의 범행결의)을 내세우는 것은 적절하지 않다.⁹⁵⁾

91) 한편 허일태, 과실범의 공동정범이 가능한가, 46면은 과실범의 공동정범을 부정하는 입장에서 “과실행위의 공동은 개념상 가능하지 않다. 왜냐하면 과실행위라는 것이 단순한 사실이 아니라 평가적인 것이기에 일정한 행위를 공동으로 할 수 있을지언정 행위 사실 이후에 평가되는 과실행위의 공동은 논리적으로 불가능하기 때문이다.”라는 비판을 제기하기도 한다.

92) 배종대, 앞의 책, 425면

93) 이재상, 과실범의 공동정범, 2011, 272면

94) 이재상, 과실범의 공동정범, 2011, 272면

95) 이용식, 과실범의 공동정범, 87-89면; Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7.Aufl., Berlin, 2000, 695면 등

결론적으로 결과발생에 대한 인식과 의욕, 즉 범행결의를 정범요소로 갖지 않는 과실범죄는 그 공동정범의 성립에 있어서도 범행결의를 필수적 성립요건으로 가질 이유가 없다.⁹⁶⁾ 따라서, 공동의 범행결의가 존재하지 않는다는 이유로 과실범의 공동정범을 인정할 수 없다는 것은 과실범의 공동정범에 대한 정확한 비판이 될 수 없다.

3. 처벌 확대의 우려 - 현실적 필요성

한편, 과실범의 공동정범을 부정하는 견해는 고의범의 경우와 달리 과실범의 경우에 공동의 범행 결의 대신 과실의 공동만으로 공동정범을 인정한다면 책임원칙과의 충돌은 불가피하고 법치국가적으로 허용될 수 없는 가벌성확장의 위험도 배제할 수 없다⁹⁷⁾고 비판한다. 대부분의 과실 공동정범 사안에서 각자를 과실범의 동시범으로 처벌하면 족하며, 오히려 이를 인정하는 것은 부당한 처벌의 확장을 가져올 뿐⁹⁸⁾이라는 것이다. 즉, 개별적인 과실과 결과 사이의 인과관계가 입증되지 아니한 상황에서 과실범의 공동정범을 적용하여 기수의 책임을 묻는 것은 형사법의 근본원칙인 in dubio pro reo 원칙에 반하고 개인의 행위책임을 넘어가는 부당한 처

96) 서보학, 앞의 논문, 66면

97) 이보영, 앞의 논문, 99면; 한편, 김일수 교수는 이러한 처벌의 사각지대를 막기 위해 입법자가 상해죄의 동시범의 특례를(제263조) 두고 있는바, 이 조문에 포섭될 수 없는 사례에 대해서는(극히 드물겠지만) 형사처벌의 공백이 생기더라도 이를 감수하는 것이 법치국가적 형법질서관에 합치되는 태도라고 주장한다. 이에 대해서는 김일수, 한국형법 II[총론 하], 1992, 329-330면 참조

98) 허일태, 앞의 논문, 632면은 과실범의 공동정범 대신 단일정범론을 통해서 처벌의 부당한 공백을 막을 수 있다는 견해를 제시한다. “만드시 처벌해야 할 필요성이 있는 일정한 유형의 과실범죄에 국한해서 과실행위로 결과발생에 기여한 모든 자를 정범으로 처벌하되, 양형은 입법적으로 그 결과발생에 기여한 정도에 비례해서 정한다는 규정을 둘 필요성이 있어 보인다”; 또한, 배종대, 앞의 논문, 15-18면은 과실범의 공동정범을 인정하는 것은 과실범을 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 처벌하려는 형법 제14조의 취지에 반해 과실범처벌의 부당한 확대이며 ‘성냥불사건(OLG Schleswig NSTZ 1982, 116)’이나 ‘피혁보호 분무기사건(BGHSt 37, 106)’ 등도 과실범의 공동정범을 인정할 것이 아니라 ‘형사통제’를 포기하고 ‘민사통제’를 해야 할 사안이라는 비판을 제기한다.

벌이 될 수 있다고 우려를 표한다.⁹⁹⁾

그러나, 과학기술의 급격한 발전과 고도의 산업화로 인하여 여러 산업 영역과 생활 속에서 다수인의 협력 내지 협동이 불가피하게 되었고, 이 과정에서 다수인이 공동으로 주의의무를 이행하여야 할 필요성도 증대되었다. 이러한 상황에서 수인의 과실이 중첩적·병존적으로 결합하여 구성요건적 결과를 초래한 경우 그 결과를 초래한 행위자들에게 주의의무 위반에 따른 책임을 공동으로 부과하는 것이 오히려 형법의 책임원칙에 부합한다고 생각된다. 인과관계 입증곤란 등 외부적인 사정으로 인하여 처벌을 받아야 마땅한 자가 처벌을 면하게 된다면 이러한 상황이 오히려 형법의 보호적 기능과 역할을 수행하지 못하는 경우라고 할 것이다.

위험이 일반화된 오늘날 정작 보다 광범위하고 심각한 결과를 야기하는 범죄들은 많은 경우 과실끼리 결합하고, 과실과 고의가 섞이며 작위와 부작위가 혼합되는 다양한 형태로 이루어진다.¹⁰⁰⁾ 총체적 사건을 관여자 각각의 개별 부분으로 나누지 않는다면 특히 현대사회에서 문제가 되고 있는 제조물책임 등 경제범죄에 대처하여 관여한 다수에게 책임을 물을 수 없을 것이다. 이러한 상황에서는 전체적으로 과실에 의하여 야기된 결과를 관여자 어느 누구에게도 귀속시킬 수 없는 조직적 무책임(Organisierte Unverantwortlichkeit)이 방치될 수 있다.¹⁰¹⁾

99) 배종대, 앞의 책, 425면 “결과발생에서 추론되는 주의의무의 범위는 한정이 없다. 과실범에서 주의의무는 사실상 결과책임의 이론적 정당화수단에 지나지 않는다. 행위요소만으로 처벌할 수 없기 때문에 찾아낸 행위자요소, 즉 규범의 사후적 요청을 표현하는 개념일 뿐이지 존재론적 개념과는 거리가 멀다. 막연하기 이를 데 없는 주의의무의 공동을 이유로 행위요소가 없는 과실범의 공동정범을 인정하는 것은 정당화 될 수 없는 극단적 주관화경향을 뜻한다.”

100) 김동률, 앞의 논문, 65면; 허황, 단체결정의 가벌성에 관한 연구- 범죄로 이끄는 단체결정에 참여한 자는 동시범인가 아니면 공동정범인가? - “비교형사법연구 제19권 제2호, 한국비교형사법학회, 2017, 290면 “현대사회에서는 사회적 유익뿐만 아니라 사회적 해악 또한 개인이 아니라 다수에 의해 발생된다는 점에서 더욱더 그러하다.”

101) 김일수/서보학, 앞의 책, 461면 참조

또한, 과실범의 공동정범을 부정할 경우 관여자들의 과실행위로 인하여 법익침해의 결과가 발생한 것이 분명하나 개별 관여자들의 행위와 결과 사이의 인과관계가 입증되지는 않는 경우 부득이하게 처벌의 흠결이 생기게 된다.¹⁰²⁾ 또한, 단독으로는 결과발생이 불가능한 수 개의 과실행위가 누적적·중첩적 인과관계로 결과를 야기하는 경우에도 규범적 측면에서 개별 행위자들에게 결과를 귀속시키기 어려운 경우가 발생한다는 점에서도 처벌의 공백이 존재하게 된다. 이러한 경우 인과관계의 불명확과 객관적 귀속의 부정으로 주의의무를 위반한 자들에게 형벌을 가하지 못하는 상황에 이르게 되는데, 과실범의 공동정범을 인정할 경우 비교적 문제가 용이하게 해결될 수 있다.

따라서, 이와 같은 현실적 필요성이 존재하는 이상 이론의 영역에서도 적극적으로 그 요청에 응하여 형법이 제기능을 수행할 수 있도록 토대를 마련해 주어야 할 필요가 있다. 이러한 측면에서 과실범의 공동정범은 과실범의 처벌을 부당하게 확대하는 이론이 아니라 종래의 형법이론을 유지하면서도 당연히 긍정해야 할 정당한 귀속관계를 인정하여 타당한 결론을 제시할 수 있는 유일한 방법¹⁰³⁾이라는 생각이다.

또한, 인과관계가 밝혀지지 않은 여러 개의 과실행위가 경합되어 있을 경우 결과에 대한 공동 책임을 부담하여야 할 행위자의 범위는 과실범의 성립요건을 통해 제한함으로써 지나친 형벌의 확장을 막을 수 있다고 할 것이다. 우리 법원이 반세기가 넘는 기간 동안 과실범의 공동정범을 일관되게 인정하고 있는 상황에서, 학계에서도 이를 단순히 부정하기보다 그 현실적 필요성을 공유하고 긍정하되, 책임주의원칙에 따라 합리적인 성립요건의 기준을 마련하는데 힘을 다할 필요가 있다.

102) 인과관계 및 객관적 귀속이 부정되어 미수에 그친 경우 미수범 처벌규정이 있더라도, 과실범의 미수는 처벌되지 않으므로 처벌의 흠결이 발생하게 된다.

103) 이재상, 앞의 논문, 227면 참조

한편, 우리 형법에는 동시범의 특례규정(형법 제263조)이 있기 때문에 과실범의 공동정범을 인정하지 않아서 생길 수 있는 형벌의 누수현상은 방지되므로 굳이 과실범의 공동정범을 인정할 실익이 없다¹⁰⁴⁾는 지적도 존재한다. 그러나, 병존하는 여러 과실범을 동시범의 관계로 보게 되면, 결과발생과 인과관계를 개별적으로 입증하여야 하는 어려움이 존재한다. 우리 형법 제19조는 동시범은 각자 미수로 처벌되도록 규정하고 있으나, 형법은 과실의 미수를 처벌하지 않기 때문에 인과관계가 입증되지 않으면 원칙적으로 불가벌이 된다. 이 경우 발생한 결과가 상해인 때에는 동시범의 특례규정이 적용될 수 있으나, 사망의 결과가 초래된 경우에는 위 특례규정이 적용될 수 없다. 또한, 공동정범 관계를 긍정할 경우 여러 과실 행위자의 과실을 전체적으로 하나의 과실로 평가하여 결과 사이의 인과관계를 확정짓는다는 점에서 인과관계의 입증 등 논의의 실익은 여전히 남아있다.

104) 허일태, 앞의 논문, 53면

제 3 절 과실범의 공동정범 성립요건

I. 문제의 소재

앞서 과실범의 공동정범을 인정하여야 할 현실적 필요성과 이론적 근거에 대하여 살펴보았다. 다음으로 과실범의 공동정범이 성립하기 위하여 어떠한 요건이 필요할 것인지에 대하여 검토할 필요가 있다. 우선, 과실범의 공동정범 또한 단독 과실범의 경우와 마찬가지로 개별 행위자들에게 과실이 존재하고, 구성요건적 결과가 발생하여야 한다. 이에 더하여 개별 과실행위자들을 공동정범으로 의율하여 발생한 결과에 대한 책임 전부를 부담시키기 위해서는 개별 과실행위자들을 연결짓는 ‘공동(共同)’의 요건이 충족되어야 한다. 이 때 ‘공동’의 의미를 어떻게 해석할 것인지가 과실범의 공동정범 성립요건에 관한 논의의 핵심이다.

고의범의 경우에는 고의의 공유라는 핵심 고리가 있기 때문에 공동수행의 내용을 설정하는 작업이 쉽게 진행되지만, 과실범처럼 범죄의사가 없는 범죄유형에서는 행위자들을 연결시키는 공동분모를 마련하는 작업이 어려울 수밖에 없다.¹⁰⁵⁾ 또한, 과실은 그 특성상 기본적으로 ‘사후적 평가개념’으로서¹⁰⁶⁾ 결과가 발생한 이후 행위 당시에 행위자가 주의의무를 다하였는지 여부에 관하여 사후적으로 평가되기 때문에 자의적(恣意的)인 판단이 이루어질 염려가 크다.

또한, 과실범의 공동정범을 부정하는 견해들이 지적하는 바와 같이 만약 과실범의 공동정범의 판단이 합리적인 성립요건의 틀 안에서 이루어지지 아니하고, 법관의 개별적인 해석에 의해 좌우된다면 책임주의원칙에 위배될 소지가 매우 크다. 이 경우 과실행위자의 공동책임을 인정하기 위

105) 이승호, 앞의 논문, 171면

106) 이 점에 대한 지적으로는 허일태, 앞의 논문, 624면 참고

해 국가가 인과관계의 입증을 위한 노력을 회피하고, 손쉽게 가벌성을 근거지워 형사처벌이 확대될 위험성이 따르게 되는 것이다.

여러 과실행위자들의 과실을 공동정범으로 연결지을 경우 행위자들은 발생한 결과에 대한 전부 책임을 부담하고, 과실범의 공동정범을 인정하는 것은 결과적으로 정범성을 확장케 하는 의미를 갖는다는 점에서 그 요건의 정립과 해석은 매우 엄격하고 신중을 기하여 이루어져야 할 필요가 있다.

과실범의 공동정범을 긍정하는 견해들 사이에서도 구체적으로 어떤 요건 하에 이를 인정할 것인지에 대하여 입장의 차이가 존재하는 바, 이하에서는 여러 학설들에서 과실범의 공동정범의 성립요건으로 제시하는 기준에 대하여 살펴보도록 하겠다.

II. 과실범의 공동정범 성립요건에 관한 논의

1. 행위공동설

행위공동설에 의하면 과실범의 공동정범이 성립하기 위하여는 과실 행위자들 상호 간에 ‘자연적 의미에서 행위의 공동’과 그러한 자연적(自然的), 전 법률적(前 法律的) ‘행위를 공동으로 할 의사’(공동의 의사)가 있으면 족하다고 한다.¹⁰⁷⁾ 수인의 과실범 상호간에 전(前)구성요건적인 행위를 공동으로 하는 의사가 있는 경우에는 과실범의 공동정범이 성립할 수 있다는 것이다. 우리 대법원 또한 “공동정범의 주관적 요건인 공동의 의사는 고의를 공동으로 가질 의사임을 필요로 하지 않고, 고의행위이든 과실행위이든 간에 그 행위를 공동으로 할 의사이면 족하다.”고 하고 있어 행위공동설을 따르고 있는 입장이라고 할 수 있다.¹⁰⁸⁾

107) 이용식, 앞의 책, 86-87면 참조

이에 대하여는 고의범의 공동정범에서 공동의 범의를 실현하려는 의사의 상통을 유지하면서도, 유독 과실범의 공동정범이 성립하기 위해서는 행위공동설을 취하는 것은 처벌의 필요성이 있으면 체계적·논리적 해석에 어긋나더라도 처벌할 수 있다는 논리와 다름이 없다는 비판¹⁰⁹⁾이 제기된다. 또한, 자연적 행위의 공동만으로 ‘공동’의 요건을 충족한다고 보는 것은 형법상 무의미한 행위를 공동으로 하는 것으로 공동정범을 인정하는 것이 되고, 그 결과 과실범의 공동정범의 성립범위가 지나치게 확대되지 않을 수 없다는 비판도 존재한다.¹¹⁰⁾

2. 과실공동·행위공동설

과실공동·행위공동설에 의하면 과실범의 공동정범이 성립하기 위하여는 별도로 의사의 연락은 필요하지 아니하고, 과실범 상호간에 공동의 주의의무위반과 구성요건 실현행위의 공동이 필요하다고 한다.¹¹¹⁾

이 견해에 따르면 공동정범에 있어서 공동의 의사의 내용은 공동의 실현의사를 의미하는 것이 아니라 정범을 공동으로 할 의사라고 해석해야 하므로 그 내용은 고의범과 과실범에 있어서 동일하다고 볼 수 없다고 한다. 고의범의 경우 고의의 공동이 요구되지만, 과실범에 있어서 ‘공동’의 내용은 주의의무의 공동을 말하며, 따라서 과실범의 공동정범이 인정되기 위하여는 공동의 주의의무가 있어야 한다는 것이다.

여기서 공동의 주의의무는 각자에게 요구되는 주의의무의 내용이 동일하고 그것이 각자에게 동일한 방법으로 동일한 범위에서 적용되는 것이어

108) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책 492면; 심재우, 앞의 논문, 114면

109) 허일태, 과실범의 공동정범이 가능한가, 44면 참고

110) 허일태, 과실범의 공동정범이 가능한가, 45면; 이재상, 앞의 논문, 2011, 271면

111) 이재상/정영민/강동범, 앞의 책, 496-497면; 정성근/박광민, 앞의 책, 555면 참고

야 한다고 한다. 위 견해에 의하면 두 사람이 공동하여 바윗돌을 굴리거나 기차를 운행하거나 건널목을 지키는 경우는 물론, 공장에서 함께 성냥불을 버리거나 야수를 향하여 사냥총을 쏘는 경우에는 공동의 주의의무가 인정될 수 있다¹¹²⁾고 한다. 따라서 동일한 대상에 관련된 동일한 법익보호를 목적으로 하는 주의의무라 하더라도 그 구체적 내용을 달리할 때에는 공동의 주의의무라고 할 수 없다고 지적한다. 대법원이 성수대교 붕괴사건 판결(97도1740)에서 교량의 시공업자, 감독자 및 교량의 유지·관리를 담당한 공무원에 대하여 과실범의 공동정범을 인정한 것은 의문이라고 비판한다.¹¹³⁾ 한편, 원칙적으로 주관적 구성요건요소를 필요로 하지 않는 과실범의 본질에 비추어 공동의 주의의무(의 존재)에 대한 인식은 요구하지 않는다.

한편, 이 견해는 과실범의 공동정범의 객관적 요건으로서 공동가공의 사실이 인정되어야 하는데, 이 때 공동가공의 사실은 구체적으로 주의의무를 위반하여 결과를 발생시키는 행위, 즉 구성요건적 결과실현행위의 공동을 의미한다고 한다. 행위공동설에서 말하는 자연적, 전 법률적 행위가 아닌 ‘구성요건적 행위’의 공동이 필요하다는 입장이다. 따라서 결과를 발생시키는 행위를 공동으로 한다는 인식은 과실범의 공동정범에서도 필요하다고 한다.¹¹⁴⁾ 이러한 의미에서 과실범에 있어서도 의사의 연락이 있을 수 있고, 다만 의사연락의 의미가 고의범의 그것과 다를 뿐이라는 것이다.

이 견해에 대하여는 고의범과 과실범의 공동정범의 요건을 왜 달리해야 하는가 설명할 수 없다는 비판이 있다. 주의의무위반공동설을 취하는 학자들이 형법 제30조를 해석할 때에는 공동정범이 성립하기 위해서 주관적으로 의사의 연락을 요한다고 하면서도 과실범에 와서는 무슨 근거로 의사의 연락을 요하지 않는다는 것은 비논리적이라는 것이다.¹¹⁵⁾

112) 이재상, 과실범의 공동정범, 2011, 277면

113) 이재상, 위 논문, 2011, 278면 이하

114) 이재상, 위 논문, 2011, 278면

115) 허일태, 과실범의 공동정범이, 가능한가, 46면

3. 기능적 행위지배 공동설

이 견해에 의할 때 과실범의 공동정범이 성립하기 위하여는 ‘주의의무의 공동’과 ‘기능적 행위지배의 공동’이 요구된다.¹¹⁶⁾ 이 견해는 과실범의 경우에도 고의범의 경우와 마찬가지로 ‘기능적 행위지배의 공동’이 필요하다고 주장한다. ‘공동정범’이 성립하기 위해서는 각자의 행위지배의 분담이 불가분리하게 의존되어야만 하는 ‘기능적 행위지배’가 요구되는 바, 이는 고의범이나 과실범이나 마찬가지이기 때문이라는 논리다.

즉, ‘기능지배’는 과실범의 공동정범에서도 공동수행의 방법과 정도를 한계 지우는 척도가 되어야 하며, 이러한 차원에서 ‘과실공동’에 덧붙여서 공동수행의 내용을 채워주는 뼈놓을 수 없는 요소가 될 수 있다고 한다.¹¹⁷⁾ 단, 이 때의 기능적 행위지배란 록신(Roxin)의 ‘기능적 범행지배’ 개념과 달리 다수 관여자 각자의 범행지배에 대한 주관적 요소, 즉 ‘기능적 행위지배에 대한 인식’이 결여된 ‘순수 객관적으로 파악된’ 기능적 행위지배이다. 그렇기 때문에 고의 공동정범과 과실 공동의 공통된 표지로 삼을 수 있는 것이다.¹¹⁸⁾

이 견해에 대하여는 기능적 행위지배도 행위지배의 한 태양이며, 행위지배는 범죄실현의사 내지 고의를 전제로 하는 개념이므로 과실범에 있어서 기능적 행위지배를 인정할 수 없다는 비판이 있다.¹¹⁹⁾ 또한, 기능적 행위지배를 순수 객관적으로 이해할 때, 주의의무의 ‘상호연대적 불가분리성’과 ‘기능적 행위지배’는 그 실질에 있어서 동일한 의미이기 때문에 결국 동일한 요건의 중복이 된다는 비판¹²⁰⁾도 제기된다.

116) 심재우, 앞의 논문 38면 이하를 참고하였다.

117) 이승호, 앞의 논문, 173면

118) 문채주, 앞의 논문, 358-359면 참조

119) 이재상/장영민/ 강동범, 앞의 책, 494면

120) 안성조, 앞의 논문, 602면

4. 공동주의의무위반설

이 견해에 의하면 과실 행위자 상호간에 공동의 객관적 주의의무가 인정되고, 이를 공동으로 위반하였으며, 행위자에게 다른 행위자와 공동으로 행위를 한다는 인식이 있는 경우 과실범의 공동정범이 성립할 수 있다고 한다.¹²¹⁾ 과실 공동정범은 고의범과 달리 인식과 의사가 의욕하거나 감수하는 결과에 관한 것이 아니라, 주의위반행위를 공동으로 하는 의사에 관련된 것이므로 이때 행위자는 자신의 행위가 주의의무에 위반한다는 것을 인식할 필요는 없으며, 주의의무위반 당시에 공동의 행위를 한다는 인식으로 족하다고 한다.¹²²⁾ 즉, 과실범의 공동정범이 인정되기 위하여 규범적 관점에서 공동정범을 연결시켜 주는 요소로서 함께 행위하는 자에게 자기와 같은 공동의 주의의무가 있다는 것을 인식해야 한다는 것이다.

이 견해에서 공동정범의 성립요건으로 요구하는 공동의 주의의무는 결과실현에 이르는 행위 과정이 불가분리하게 상호보충적이고 상호연대적인 경우에 존재한다고 한다. 다수의 주의의무 사이의 상호연대성과 상호의존성이 각자로 하여금 공동정범으로 되게 한다는 것이다. 한편, 이 견해에서는 공동의 주의의무가 동일한 내용으로 되어 있는 경우 외에 동일한 대상에 관련되어 있고 또 동일한 범익보호를 목적으로 하는 경우라면 주의의무의 구체적 내용에서 일치하지 않는 경우에도 공동의 주의의무가 가능할 수 있다고 한다. 그래서 예컨대 A는 비행기를 조립하고 B는 그 조립이 올바르게 이루어지는지를 검사하는 임무를 수행한다거나 또는 A는 수술을 실시하고, B는 그 수술이 올바르게 진행되는지를 감독하는 경우 그 구체적 내용은 다를지라도 A와 B는 공동의 주의의무를 가지고 있다는 것이다.

이에 대하여는 공동의 객관적 주의의무가 구체적으로 무엇을 의미하는지 그 개념요소가 부족하다는 비판과, 주관적으로 행위자가 다른 행위자

121) 이용식, 앞의 책, 87면 참고

122) 이용식, 과실범의 공동정범, 6면 참고

와 공동으로 행위하는 것을 인식하였다는 것이 주관적 주의의무위반의 문제인지 객관적 주의의무위반의 문제인지 애매하다는 비판이 존재한다. 또한, 과실범에 있어서는 인식 있는 과실의 경우에 결과발생의 가능성을 인식해야 하는 것 이외에 주관적 구성요건요소는 필요하지 않으므로 객관적 주의의무위반이나 공동의 주의의무는 인식의 대상이 아니라는 비판¹²³⁾도 존재한다.

III. 판례의 태도

대법원은 초기에는 2인 이상이 어떠한 과실 행위를 서로의 의사연락 아래 하여 범죄되는 결과를 발생케 한 것이라면 과실범의 공동정범이 성립된다고 하여 과실행위자 상호간에 ‘의사의 연락’이 있었는지 여부를 공동정범 성립의 기준으로 제시하였다. 이후 건축물 붕괴 사고 등에서는 여러 관계자들에게 협력을 통해 건물을 안전하고 견고하게 신축하여야 할 주의의무가 있다고 하여 ‘공동의 주의의무’를 성립요건으로 제시하기도 하였고, 성수대교 사건에서는 여러 관계자들에게 성수대교를 안전하게 건축되도록 한다는 공동의 목표와 의사연락이 인정된다는 이유로 공동정범의 성립을 긍정하며, ‘공동의 목표’와 ‘의사연락’을 요건으로 제시하기도 하였다.

이와 같이 과실의 공동정범이 문제되는 여러 행위자들에게 ‘공동의 목표’와 ‘의사연락’을 요구하는 법원의 입장은 최근 세월호의 선장 및 선원, 해운사의 임직원 등과 구조경비정 함장을 공동정범으로 기소한 사건에서도 확인된다. 대법원은 위 사건에서는 세월호에 전복 사고가 발생한 이후 비로소 현장지휘관으로 승객 구조작업에 참여하게 된 피고인의 경우 세월호의 선장 및 선원, 해운사의 임직원들과 같은 공동의 목표와 의사연락이 있다고 인정할 수 없다고 하여 공동정범 성립을 부정하였다.

123) 이재상, 과실범의 공동정범, 2011, 277면

또한 최근에는 가습기살균제가 문제된 사건에서 가습기살균제를 제조·판매한 여러 기업의 임직원들에게는 가습기살균제를 사용하는 소비자의 생명·신체에 대한 위험을 방지하기 위하여 원료물질의 안전성을 철저히 검증하고, 가습기살균제에 존재하는 결함으로 발생할 가능성이 있는 위험을 제거·최소화하여야 할 공동의 주의의무가 존재하고 가습기살균제를 소비자들에게 공동으로 제조·판매한다는 인식이 있었다고 판시하여 ‘공동의 주의의무’와 ‘공동의 인식’을 공동정범 성립의 요건으로 제시하기도 하였다.

판례의 구체적 입장에 대하여는 아래 제3장에서 보다 자세하게 살펴볼도록 하겠다.

제 3 장 과실범의 공동정범에 관한 판례의 입장

제 1 절 서론

고도의 산업화와 과학기술의 급격한 발전으로 인간의 문명은 더욱 편리하고 효율적으로 발전하였으나, 이에 상응하는 위험이 증대하였고, 사회구성원들에게 요구되는 주의의무의 내용 또한 매우 복잡하고 다양해졌다. 사회의 변화에 따라 새로운 형태의 과실범이 등장하였고, 수인이 공동의 과실로 구성요건적 결과를 야기하는 경우도 계속하여 증가하고 있는 추세이다.

우리 법원은 1962년 ‘그대로 가자 사건(4294형상598 판결)’에서 과실범의 공동정범 성립을 긍정한 이래, 다수의 과실과 결과발생이 관련된 사안에서 적극적으로 과실범의 공동정범의 법리를 적용하고 있다. 이에 이하에서는 과실범의 공동정범이 문제되거나, 위 법리가 적용된 판결들을 살펴봄으로써 과실범의 공동정범에 관한 판례의 입장을 정리해 보고자 한다.

개별적인 사건에 따라 주의의무의 종류와 내용이 매우 다양하고, 새로운 형태의 주의의무가 계속하여 등장하고 있기 때문에, 과실범의 공동정범이 문제되는 사례들을 일률적으로 분류하는 것은 쉽지 않다. 따라서 다수의 과실이 복합적으로 결합하여 구성요건적 결과에 이르게 된 사례들을 대표적으로 교통사고(제2절), 건축사고(제3절), 제조물사고(제4절), 의료사고(제5절)로 분류하고 그 외에 참고할 만한 사례(제6절)로 나누어 살펴 보았다.

이하에서는 위 분류에 따라 개별적으로 각각의 판결들 사실관계¹²⁴⁾와 법원의 입장을 살펴보고, 이에 대한 간략한 의견을 개진하도록 하겠다.

124) 판결문의 범죄사실을 인용 및 축약하여 정리하였다.

제 2 절 교통사고에 관한 사례

I. 자동차 등 운행 관련 사건

1. 그대로 가자 사건

(1) 사실관계

화물차 운전자 甲과 화주 乙은 화물차에 장작을 가득 싣고 대전으로 향하였는데, 乙은 甲에게 운전 중 지서나 검문소 앞을 지날 때는 정거하지 말고 통과하자고 이야기하였다. 밤 11시 경 화물차가 검문소 전방 약 35미터 지점에 이르렀을 때 검문소 근무 순경이 정거신호를 하고 있음을 발견하고 운전사가 정거할 것 같이 가장하여 속력을 저감하자, 乙이 ‘그냥 가자’고 하여 甲이 화물차의 속도를 내어 달렸다. 이때 트럭 우측에서 검문을 하려던 순경이 차량에 매달려 150미터 가량 가다가 추락하여 트럭 뒷바퀴에 치어 다음 날 오전 사망하였다.

검사는 화물차의 운전자 甲과 화주 乙을 업무상과실치사죄의 공동정범으로 기소하였다.

(3) 법원의 판단

항소심은 “과실범에 있어 운전자 또는 조수가 아닌 피고인을 공동정범으로 기소한 자체가 부당할 뿐 아니라...피고인에게 과실 또는 인식있는 과실조차 인정....할 수 없으니 본건...은 범죄가 되지 아니하거나 또는 범죄의 증거가 없음에 귀착”된다고 판단하여 화주에게 무죄를 선고하였다.¹²⁵⁾

한편, 대법원은 항소심의 판단과 다르게 화주와 화물차의 운전사 사이에 경관의 검문에 응하지 아니하고 화물차를 질주하게 한다는 점에 대한 의사
의 연락이 존재하였음을 이유로 과실범의 공동정범을 긍정하였다.¹²⁶⁾

형법 제30조에 「공동하여 죄를 범한 때」의 「죄」는 고의범이고 과실범이
고를 불문한다고 해석하여야 할 것이고 따라서 공동정범의 주관적 요건인
공동의 의사도 고의를 공동으로 가질 의사임을 필요로 하지 않고 고의 행위
이고 과실 행위이고 간에 그 행위를 공동으로 할 의사이면 족하다고 해석하
여야 할 것이므로 2인 이상이 어떠한 과실 행위를 서로의 의사연락 아래 하
여 범죄되는 결과를 발생케 한 것이라면 여기에 과실범의 공동정범이 성립
되는 것이다...피고인은 원심 공동 피고인과 서로 의사를 연락하여 경관의
검문에 응하지 않고 트럭을 질주케 하였던 것임을 충분히 인정할 수 있음이
명백하므로 피고인은 본건 과실 치사죄의 공동정범이 된다고 할 것이다.

(3) 검토

위 판결은 우리 대법원이 과실범의 공동정범의 성립을 긍정한 최초의
판결이다. 위 판결에서 대법원은 공동정범을 규정한 형법 제30조가 고의
범 뿐만 아니라 과실범에 대하여도 적용된다는 점을 명확히 하고, 공동정
범의 성립을 위해서는 과실행위자 상호간의 의사연락이 요구된다고 보았
다. 위와 같은 판례의 설시는 이후 과실범의 공동정범을 긍정한 다양한
판결에서 인용되었다.

이 판결에 대하여는 甲과 乙 사이의 의사연락은 일상 생활상 의미 있는
것일 수 있지만, 형법상으로는 의미가 없는 바 공동의 의사에 근거한 공
동의 작품형성이란 과실행위가 있다고 볼 수 없다는 비판이 있다.¹²⁷⁾ 또

125) 서울고등법원 1961. 7. 3. 선고 4294형공1085 판결

126) 대법원 1962. 3. 29. 선고 4294형상598 판결. 위 사안에서 대법원은 운전사와 화주의
의사 합의가 있었다는 점의 근거로 운전사는 무면허 운전의 발각을, 화주는 부정임산
물의 발각을 회피하기 위하여 경관의 검문에 응하지 않으려고 하였다는 점을 고려하였
다.

한, 법원이 과실범의 공동정범 성립요건으로 제시한 행위자 사이의 의사 연락이 구체적으로 어떤 의미를 갖는지에 대한 설명이 부족하다고 생각된다.

2. 운전사 동석 사건

(1) 사실관계

자동차의 운전수 甲이 갑자기 머리가 아프고 오한이 들어 자동차를 운전할 수 없되자, 평소에 운전경험은 있으나 면허가 없는 차주 乙이 자진하여 자기가 운전하겠다고 하였다. 이에 甲이 乙에게 운전을 하도록 방치하고 乙이 운전하는 차량에 동승하여 가던 중에, 乙이 비가 온 후 도로의 미끄러움에 대비하지 못하는 등의 운전상의 과실로 사고를 일으켜 피해자를 상해에 이르게 하였다.

(2) 대법원의 판단¹²⁸⁾

대법원은 위 ‘그대로 가자 사건(4294형상598)’에서와 달리 이 사건에서는 차주 甲과 운전수 乙 사이에 차주의 운전상의 과실행위에 관하여 의사 연락이 있었다고 볼 수 없어 과실범의 공동정범이 성립하지 않는다고 판단하였다.¹²⁹⁾

127) 허일태, 앞의 논문, 50면 “승객이 운전사에게 ‘빨리 좀 갑시다.’라고 재촉하여 사고를 일으킨 경우에도 서로 의사 연락이 있었으니까 과실치사상의 공동정범이 되는 것이 아니라, 원칙적으로 운전사만이 업무상의 과실치사상에 해당될 뿐이고, 승객은 과실범의 공동정범으로 처벌될 수가 없다.”

128) 대법원 1974. 7. 23. 선고 74도778 판결

129) 대법원은 이와 유사하게 동승자가 운전자의 운전을 교정해 주기 위하여 동승하다가 운전자의 과실로 사고가 발생한 사안에서 차량에 동승한 운전 교정자에게 공동정범의 죄책을 물을 수 없다고 하였는데, 구체적으로 “운전자의 부탁으로 차량의 조수석에 동승한 후, 운전자의 차량운전행위를 살펴보고 잘못된 점이 있으면 이를 지적하여 교정

차주(본건 사고로 인하여 별건에서 벌금형을 선고 받았음)로 하여금 비가 온 후의 도로의 미끄러움에 대비하도록 하거나 내리막 길에 있어서의 운전상의 주의를 교시하지 않았다 하여 차주의 운전상의 과실행위에 피고인과의 상호간의 의사연락이 있었다고 보거나 또는 피고인이 위와 같은 경우에 위 차주에게 운전행위를 저지하지 않은 원인행위가 차주의 운전상의 부주의로 인한 이 사건 결과발생에 까지 미친다고 볼 수는 없다.

(3) 검토

운전사 乙이 차주 甲의 무면허 운전을 동의했더라도 이는 사고발생의 직접 원인이 되는 특정 운전행위에 대한 동의가 아니기 때문에 운전자에게 ‘과실공동’이 인정되지 않는다는 것이 이 사건에 대한 대법원의 판단이다.¹³⁰⁾

단순히 무면허 운전에 동의하고 차량에 동승하였다는 사정만으로 직접 운전을 하지 않은 동승자가 운전자의 주의의무를 공유한다거나 운전자의 주의의무 준수에 영향을 미치는 관계에 있다고 보기는 어렵다고 할 것이다. 따라서, 공동정범 관계가 성립되지 않는다고 판단한 판례의 입장이 타당하다고 생각한다.

해 주려 했던 것에 그치고 전문적인 운전교습자가 피교습자에 대하여 차량운행에 관해 모든 지시를 하는 경우와 같이 주도적 지위에서 동 차량을 운행할 의도가 있었다거나 실제로 그 같은 운행을 하였다고 보기 어렵다면 그같은 운행 중에 야기된 사고에 대하여 과실범의 공동정범의 책임을 물을 수 없다.”고 판시하였다(대법원 1984. 3. 13. 선고 82도3136).

130) 이승호, 앞의 논문, 160면

3. 선임 탑승자 음주운전 사건

(1) 사실관계

군용 지프차의 선임 탑승자 甲이 운전병 乙을 데리고 주점에 들어가 각각 소주 2홉 이상을 마신 다음 乙에게 지프차를 운전하게 하였다. 그 결과 乙이 음주로 인하여 취한 탓으로 전조등에 현기를 느껴 전후좌우로 제대로 살피지 못하여 사고가 발생하였고, 지프차가 손괴되었다.

(2) 법원의 판단¹³¹⁾

대법원은 과실행위자 상호 간에 범죄가 되는 결과를 발생하게 하는 과실행위를 서로의 의사연락 하에 한 경우 과실범의 공동정범이 성립한다고 설시하며 기존 법리를 재확인한 다음, 이와 같은 법리에 비추어 볼 때, 이 사건에서 선임탑승자 甲과 운전병 乙 사이에는 과실행위의 의사연락이 존재한다고 보아 업무상과실군용물손괴죄의 공동정범이 성립한다고 판시하였다.

형법 제30조에 " 공동하여 죄를 범한 때" 의 " 죄" 라 함은 고의범이고 과실범이고를 불문하므로 두 사람 이상이 어떠한 과실행위를 서로의 의사연락하에 이룩하여 범죄가 되는 결과를 발생케 한 것이라면 과실범의 공동정범이 성립된다.

운전병이 운전하던 지프차의 선임 탑승자는 이 운전병의 안전운행을 감독하여야 할 책임이 있는데 오히려 운전병을 데리고 주점에 들어가서 같이 음주한 다음 운전케 한 결과 위 운전병이 음주로 인하여 취한 탓으로 사고가 발생한 경우에는 위 선임 탑승자에게도 과실범의 공동정범이 성립한다.

131) 대법원 1979. 8. 21. 선고 79도1249 판결

(3) 검토

이 사건에서 대법원은 甲이 乙과 함께 음주를 한 다음 운전병으로 하여금 운전을 하게 하였기 때문에 사고가 발생하였으며, 甲과 乙 사이에 의사연락이 존재하여 과실범의 공동정범이 성립한다고 판단하였다. 이에 대하여 乙은 업무상의 주의의무를 위배하였지만, 甲은 행정상의 감독의무를 위반하였기 때문에, 이 두 의무의 위반은 동질의 내용과 한계를 갖는 것이 아니고 전혀 다른 내용을 갖는 것이어서 하나는 형사과실이지만, 다른 하나는 행정과실에 불과하기 때문에 공동과실행위도 존재할 수 없다¹³²⁾는 비판이 있다.

그러나, 甲이 乙의 상급자로서 乙에게 술을 먹도록 하였고, 술에 취한 상태인 乙에게 운전을 하게 한 다음 차에 동승한 이상, 甲에게는 乙과 함께 차량의 안전한 운행에 관한 주의의무가 존재한다. 따라서, 甲과 乙 사이에는 주의의무의 공동이 존재하는 바 공동정범 관계를 인정한 판례의 입장이 타당하다고 생각한다.

4. 선임 탑승자 무단횡단 사건

(1) 사실관계

군용차량의 운전병 甲이 선임탑승자 乙의 지시에 따라 철도선로를 무단 횡단하다가 운전 부주의로 철로변의 배수로에 군용차량의 앞바퀴가 빠지게 되었다. 그 결과 철로 쪽으로 돌출된 차량의 앞부분이 마침 그 곳을 통과하던 화물열차와 부딪혀 손괴되었다. 검사는 甲과 乙을 업무상과실군용물손괴죄의 공동정범으로 기소하였다.

132) 허일태, 앞의 논문, 52면

(2) 법원의 판단¹³³⁾

대법원은 이 사건에서는 선임탑승자 乙의 지시에 따라 운전병 甲이 철도선로를 무단횡단을 하였던 사정이 있었음에도 불구하고 위 ‘선임탑승자 음주운전 사건(79도1249판결)’과 달리 선임탑승자와 운전병 사이에 업무상 과실군용물손괴죄의 공동정범이 성립하지 않는다고 판시하였다.

원심이 확정한 사실과 기록에 의하면, 원판시 군용 짐차는 그 운전병이 선임탑승한 피고인의 지시에 따라 사고지점의 철도선로를 무단횡단하여 피고인의 집에 들렀다가 귀대하기 위해 다시 돌아가던 도중에 위 운전병의 운전부주의로 사고지점 철도변의 배수로에 앞바퀴가 빠졌던 것이고, 그로 인하여 철도선로에 돌출된 차량의 앞부분이 때마침 그곳을 통과하던 화물열차에 부딪쳐 손괴되었던 것이므로 그 손괴의 결과가 피고인이 사고지점을 횡단하도록 지시한 과실에 인한 것이라고 볼 수는 없고, 피고인이 운전병을 지휘감독할 책임있는 선임탑승자라 하여 그 점만으로는 곧 피고인에게도 손괴의 결과에 대한 공동과실이 있는 것이라고 단정할 수도 없다...(중략)...다리 피고인의 공동과실을 인정할 만한 자료를 찾아 볼 수 없으므로 원심이 군용물손괴의 점에 피고인의 과실을 인정할 수 없다하여 무죄판단을 하였음은 정당하고 과실범의 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

(3) 검토

본 판결에서 대법원은 손괴의 결과가 乙의 과실에 의한 것이라고 볼 수 없고, 지휘감독할 책임이 있는 선임탑승자라는 점만으로 공동과실이 있다고 볼 수 없다고 보아 乙에게 과실을 부정한 다음 乙에게 업무상과실군용물손괴죄의 공동정범이 성립되지 않는다고 판단하였다.

133) 대법원 1986. 5. 27. 선고 85도2483 판결

이 사건에서 대법원은 乙에게 과실을 부정하고 甲과 乙이 공동정범관계에 해당되지 않는다고 판단하였다. 그러나, 이 사건에서 甲이 운전중 철도변의 배수로에 앞바퀴가 빠지게 된 것은 선임탑승자인 乙의 지시에 의한 것이었다는 점과 甲과 乙의 관계에 비추어 甲으로서는 乙의 부주의한 지시를 거부하기 어려웠다는 점을 고려하면 甲과 乙 사이에 공동정범 관계가 인정된다고 보는 것이 타당하다.

또한, 이 사건에서 선임병 乙의 부주의와 선임탑승자 음주운전 사건에서 선임병의 부주의를 비교하여 보면, 오히려 사고의 직접적 원인이 된 부주의의무 위반은 이 사건 선임병의 부주의라고 할 것이어서 판례가 어떤 기준에서 위 두 사건을 다르게 판단하였는지 의문이 있다.

5. 열차충돌 사건

(1) 사실관계

부기관사 甲은 정기관사 乙의 지휘·감독을 받아 열차를 운행하는 자이다. 이 사건 사고 건널목은 열차의 통행이 빈번하고 그 부근이 곡각지점으로 우측은 시야가 산에 가려져 있어 세심한 주의를 기울여야 하는 곳이다. 甲은 乙과 열차의 퇴행에 관하여 논의하고 상호 동의한 다음, 열차를 운행하였고 그 과정에서 다른 열차의 운행여부를 살피지 않고 정지신호를 확인하지 아니한 채 건널목을 퇴행하다가 다른 열차와 충돌하였다.

(2) 법원의 판단¹³⁴⁾

이 사건에서도 대법원은 과실범 상호 간에 의사의 연락이 있는 경우에는 공동정범이 성립한다고 설시하며, 甲과 乙 사이에 열차의 퇴행에 관하

134) 대법원 1982. 6. 8. 선고 82도781 판결

여 의사의 연락이 인정된다고 보아 업무상과실기차교통방해 등의 공동정범이 성립한다고 판단하였다.

공동정범은 고의범이나 과실범을 불문하고 의사의 연락이 있는 경우는 모두 이에 해당된다고 할 것이다....피고인이 정기관사의 지휘감독을 받는 부기관사이기는 하나 열차의 퇴행에 관하여 상론 동의한 이상 이에 과실이 있다면 과실책임을 면할 수 없다.

(3) 검토

대법원은 이 사건에서 과실범의 공동정범이 성립하기 위하여는 과실범 상호간의 의사의 연락이 필요하다는 기존의 입장을 재확인한 다음, 甲과 乙이 열차의 퇴행에 관하여 상호 동의를 하였기 때문에 의사의 연락이 인정된다고 보아 업무상과실기차교통방해 등의 공동정범 성립을 긍정하였다.

이 사건에서 甲과 乙은 정기관사와 부기관사로서 열차의 운행에 관한 공동의 주의의무를 부담하고 있으며, 이 사건 사고의 발생의 원인이 된 주의의무 위반이 甲과 乙의 의사 연락 하에 발생하였다는 점에서 공동정범 관계가 충분히 성립된다고 생각한다.

6. 고속도로 연쇄충돌 사건

(1) 사실관계

그레이스 승합차의 운전자 甲은 편도 2차로의 1차로를 따라 나주 쪽에서 송정리 쪽으로 시속 70킬로미터로 진행하다가 중앙선을 침범하여 반대

방향에서 피해자 A가 운전하는 포터 화물차의 전면부분을 위 승합차의 우측 뒷부분으로 들이받았다. 한편, 승용차 운전자 乙은 위 포터 화물차의 뒤 쪽에서 30-40미터의 거리로 근접하여 진행하던 중 위와 같이 두 차량이 충돌한 직후 바로 위 A의 화물차 뒷적재함 부분을 들이받았다. 위와 같은 연쇄 충격으로 A는 사망에 이르게 되었다.

(2) 사건의 경위

검사는 甲과 乙을 각각 업무상과실치사의 단독정범으로 기소하였다. 제1심은 甲에 대하여는 과실과 피해자의 사망과 인과관계가 인정된다고 보아 금고 8월의 형을 선고하였으나, 乙의 경우 과실과 피해자의 사망 사이에 인과관계를 인정할 수 없다고 보아 무죄를 선고하였다.¹³⁵⁾

이에 검사는 항소심에서 甲의 과실과 乙의 과실이 합쳐짐으로써 피해자가 사망에 이르게 되었다는 내용으로 공소장 변경을 신청하였고, 항소심 재판부는 이를 허가하였다. 변경된 공소사실 중 甲과 乙의 공동정범 관계를 보여주는 부분은 아래와 같다.

... 제1심 공동피고인과 피고인의 위와 같은 공동의 과실로 인한 연쇄충돌 사고의 충격으로 피해자로 하여금 같은 날 13:00경 병원으로 후송 중 두부 및 흉부손상 등으로 사망에 이르게 하였다.

(3) 항소심의 판단¹³⁶⁾

항소심은 과실범의 공동정범이 성립하기 위하여는 과실 행위자 상호의 사 연락 하에 과실행위를 공동으로 한 경우 또는 특정한 공동의 목표가 있고 그에 대한 의사연락이 있는 다수인이 저지른 각자의 과실이 합쳐져서

135) 광주지방법원 2005. 2. 17. 선고 2005고단20, 2005고단39(병합) 판결

136) 광주지방법원 2005. 10. 27. 선고 2005노486 판결

동일한 사고의 원인이 된 경우에 인정된다고 설시한 다음, 이 사건 사고는 甲과 乙의 전혀 별개의 과실에 의한 별개의 사고이고, 甲과 乙 사이에 어떠한 공동의 목표가 있어 그에 대한 의사연락이 있었다고 볼 여지가 없다고 보아 공동정범 관계가 성립하지 않는다고 판단하였다.

과실범의 공동정범은 2인 이상 행위자가 상호의사 연락 하에 과실행위를 공동으로 하거나, 특정한 공동의 목표가 있고 그에 대한 의사연락이 있는 다수인이 저지른 각자의 과실이 합쳐져서 동일한 사고의 원인이 된 경우에 인정된다고 할 것인바, 이 사건에서는 제1심 공동피고인이 중앙선을 침범한 과실로 피해자 운전 차량을 정면에서 충격한 것과 피고인이 피해자 운전 차량 후방에서 진행하면서 안전거리를 충분히 확보하지 아니한 과실로 위 선행사고를 당한 피해자 운전 차량 후면을 충격한 것은 전혀 별개의 과실로 인한 별개의 사고이고, 제1심 공동피고인과 피고인에게 어떠한 공동의 목표가 있어 그에 대한 의사연락이 있었다고 볼 여지가 없으므로, 이 사건에서 제1심 공동피고인의 과실로 인한 결과에 대하여 피고인에게 공동책임을 물을 수는 없다고 할 것이다.

항소심은 甲과 乙 사이에 공동정범 관계가 성립하지 아니하는 이상 개별적으로 乙의 과실행위로 인하여 피해자가 사망에 이르게 되었는지, 즉 乙의 과실과 피해자의 사망이라는 결과 사이에 인과관계가 존재하는지 여부를 검토하였다. 그리고, 결론적으로 乙의 과실과 피해자의 사망 사이에 인과관계가 인정될 수 없다고 보아 乙에 대하여 무죄를 선고하였다.

따라서, 피고인의 과실행위로 인하여 피해자를 사망에 이르게 하였는지 여부에 대하여 살피건대, 피고인은 제1심 공동피고인의 선행사고 직후에 곧바로 피고인 차량의 본넷트가 완전히 파손될 정도의 충격으로 피해 차량의 후미를 충격하였으나, 피해자의 사체를 검안한 의사 공소외 2의 진술은 피해자의 사인은 두부 손상 및 흉부 손상으로 추정되나 정확한 사인은 알 수 없다는 것이고, 이 사건 교통사고 발생경위, 피고인 차량과 피해 차량의 충돌시기, 충격 부위 및 정도만으로는 피고인의 과실로 인한 제2차 충돌로 피해자가 사망하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(4) 대법원의 판단¹³⁷⁾

검사는 항소심이 乙에 대하여 무죄를 선고하자 상고하였고, 대법원은 甲과 乙이 공동정범에 해당하지 않는다는 전제 하에 乙의 과실과 피해자의 사망 사이에 인과관계가 없다고 판단하여 검사의 상고를 기각하고, 원심 판단을 유지하였다.

원심은 피고인의 과실행위로 인하여 피해자를 사망에 이르게 하였다고 단정할 증거가 없다는 이유로 이 사건 공소사실에 대하여 피고인에게 무죄를 선고하였는바, 위 법리와 기록에 비추어 보면 원심의 판단은 정당하고, 거기에 과실범의 인과관계에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

(5) 검토

이 사건에서 항소심 담당 검사는 제1심에서 乙에 대하여 그의 과실과 피해자의 사망 사이에 인과관계가 인정되지 않는다는 이유로 무죄가 선고되자, 공소장변경을 신청하여 甲과 乙을 업무상과실치사죄의 공동정범으로 의율하였다. 만약, 검사의 주장에 따라 甲과 乙이 업무상과실치사죄의 공동정범관계에 있다고 판단되었다면, 甲과 乙의 각각의 과실행위는 전체적으로 하나로 취급되어 이들의 과실행위와 피해자의 사망 사이의 인과관계가 긍정되었을 것이다. 그리고 그 결과 乙에 대하여도 피해자의 사망에 대하여 책임이 있다고 보아 유죄가 선고되었을 것이다.

검사의 이와 같은 공소장 변경은 검찰이 과실범의 공동정범 논리를 인과관계 입증 곤란을 회피하기 위한 방법으로 사용하고 있음을 여실히 보여주는 측면이다. 다행히도 위 사건에서 법원은 합리적인 판단을 통해 甲과 乙이 공동정범 관계로 의율될 수 없다고 판단하여, 개별적으로 인과관

137) 대법원 2007. 10. 26. 선고 2005도8822 판결

계를 검토한 결과 乙에 대하여 무죄가 선고되었다.

이 사건에서 甲과 乙의 주의의무 위반은 각각 독립된 것으로서 ‘공동’으로 연결될 수 없다고 할 것인 바, 주의의무의 공동이 존재하지 아니하므로 공동정범 관계를 부정한 판례의 태도가 타당하다고 생각한다.

7. 서울메트로 열차 추돌 사건

(1) 사실관계

2014년 5월 2일 서울 지하철 2호선 신당역에서 상왕십리역 방향으로 가던 열차가 신호기 고장으로 앞서 정차해 있던 열차를 뒤늦게 발견하여 추돌하면서 388명이 상해를 입게 된 사건이다.

피고인들은 서울메트로에서 신호설비 유지·관리 업무를 담당하는 궤도신호사업소 관리소장, 부관리소장, 대리와 열차운행을 감시하고 철도사고와 운행장애 또는 이례적인 상황 발생 시 긴급조치를 지시하는 등의 운전관제 업무를 담당하는 종합관제소 소속 수석관제사와 관제사, 그리고 서울메트로에 철도신호 제어설비를 제작·납품·설치하는 A 업체에서 신호설비 소프트웨어 개발 업무를 총괄하는 개발팀장이다.

서울메트로가 운행하는 지하철 2호선은 열차제어시스템을 속도 중심 제어방식에서 거리 중심 제어방식으로 개량하여 지상 설비 공사를 완료하였으나, 여전히 두 가지 제어 방식의 설비가 혼용되어왔고, 그로 인해 도입 직후부터 신호 및 열차의 오작동이 빈번하게 발생하여 왔다. 궤도신호사업소 소속 피고인들은 이 사건 발생 당일 새벽 01:30경 이 사건에서 문제가 된 신호설비의 오류를 발견하고도 별다른 조치를 취하지 아니하고 신

호설비의 정상작동 여부도 확인하지 아니하였다. 신당역에서 출발하여 상왕십리역 방향으로 열차를 운행하던 기관사는 이 사건 피고인들인 종합관제소 소속 수석관제사와 관제사로부터 정차 또는 서행을 하라는 지시를 받거나 선행 열차가 상왕십리역에 정차하고 있다는 것을 듣지 못한 채, 상왕십리역에 정차하고 있던 열차를 뒤늦게 발견한 나머지 위 열차의 후방을 추돌하였다. 이 사건에서 문제된 열차제어시스템에는 고장에 따른 경고나 경보기능이 구비되지 아니한 상태였다.

검사는 위 피고인들을 모두 업무상과실치상죄 및 업무상과실전차과과죄의 공동정범으로 기소하였다.

(2) 법원의 판단

제1심은 피고인들에게 모두 주의의무 위반이 인정되고, 이 사건 사고 발생이라는 결과와의 사이에 인과관계가 있다고 판단하여 피고인들에게 유죄를 선고하였다. 제1심 판결에 대하여 피고인들과 검사가 항소하였는데 특히 A 업체의 개발팀장은 ‘이 사건 사고는 서울메트로 소속 직원들의 과실에 의하여 발생한 것으로 본인의 행위와는 인과관계가 없고, 피고인들 사이에 의사의 연락이 없었으므로, 과실범의 공동정범이 성립할 수 없다’는 취지로 다투었다.

항소심은 이에 대하여 이 사건 사고는 피고인들의 과실이 순차적으로 결합하여 발생한 것이고, 피고인 중 한 명이라도 업무상 주의의무를 다하였다면 사고가 발생하지 아니하였을 것이므로 피고인들의 과실과 이 사건 사고와는 인과관계가 존재한다고 판단하였다. 또한, 피고인들 사이에 열차가 안전하게 운행되도록 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었다고 할 것이어서 공동정범 관계가 성립한다고 판시하였다.¹³⁸⁾

이 사건 사고는 앞서 본 바와 같은 ...(중략)... 과실이 순차적으로 결합되어

138) 서울동부지방법원 2017. 8. 17. 선고 2016노1399 판결

발생한 것이다. 이러한 과정에서 피고인들 중 단 한 명이라도 그 업무상 주의의무에 상응하는 조치를 적시에 했다면 이 사건 사고는 발생하지 않았을 것이어서 피고인들의 개별적인 과실은 이 사건 사고의 원인이 되었음이 명백하므로 위와 같은 과실과 이 사건 사고 발생 사이에는 인과관계가 있다.

나아가 피고인들은 서울메트로의 열차가 안전하게 운행되도록 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었다고 할 것이므로, 피고인들은 형법 제30조에서 정한 공동정범의 관계가 성립된다.

(3) 검토

이 사건에서 서울메트로의 궤도신호사업소 직원들인 피고인들은 신호설비의 유지·관리 업무를 담당하고 있는 바 이에 대한 동질의 주의의무를 부담하고 있으며, 서울메트로의 종합관제소 소속 피고인들 역시 열차의 운행 감시 등 운전관제 업무를 담당하여 공동의 주의의무를 부담하고 있다. 궤도신호사업소에서 근무하는 피고인들과 종합관제소 소속 피고인들의 주의의무는 서로 다른 내용과 성격을 가진 주의의무라고 할 것이나, 열차의 안전한 운행이라는 동일한 목표를 위하여 긴밀하게 연관되어 있다고 할 것이므로 공동정범의 관계를 긍정할 수 있다. 또한, 서울메트로에 신호설비시스템을 납품한 피고인 甲의 경우에도 다른 피고인들과 열차의 안전한 운행이라는 동일한 목표 하에 밀접하게 연관되어 있다고 할 것이어서 공동정범으로 의율한 판례의 입장은 타당하다고 생각한다.

8. 고속버스 추락 사건

(1) 사실관계

피고인 甲은 고속버스의 운전기사이고, 피고인 乙은 마티즈 차량의 운전자이다. 피고인 乙은 인천대교 톨게이트 방면에서 인천 공항 방향으로 고속도로 2차로를 따라 진행하던 중 원인을 알 수 없는 이상으로 마티즈 승용차의 엔진이 정지하면서 2차로에 그대로 정지하게 되었다. 乙은 마티즈를 갓길로 이동하여 정차시키거나, 마티즈의 후방에 고장 자동차 표지를 설치하는 등 차량의 고장사실을 후방에 알리는 등의 조치를 전혀 취하지 아니한채 도로의 우측에 있는 안전지대에서 견인차량의 기사를 기다리고 있었다.

한편, 포터 자동차의 운전기사인 A과 고속버스 운전기사 甲도 인천대교 톨게이트 방면에서 인천공항 방면으로 진행하고 있었는데, A는 도로에 정차 중이던 乙의 마티즈를 뒤늦게 발견하고 좌측으로 피하려고 하였으나 피하지 못하고 마티즈의 좌측 뒷부분을 충돌하고 이어 중앙분리대를 충돌 후 정차하였다. 한편, A가 운전하는 포터 차량의 뒤에서 고속버스를 운전 하였던 甲은 충분한 거리를 두지 않은 채 포터차량을 뒤따르다가 포터가 급히 피하는 것과 정차된 마티즈를 뒤늦게 발견하고 우측으로 피하려고 하였으나 피하지 못하고 마티즈의 뒷 부분을 충격한 다음 도로 우측의 연석과 가드레일을 들이받고 도로 아래로 추락하여 전복되었다. 이로 인하여 甲이 운전하는 고속버스에 타고 있던 승객 14명이 사망하였다.

검사는 고속버스 운전기사인 甲과 마티즈 승용차의 운전사인 乙을 업무상과실치사죄의 공동정범으로 기소하였다.

(2) 법원의 판단

제1심은 이 사건에서 공동정범으로 기소된 피고인 甲과 乙 사이에 공동

의 목표 내지 이에 따른 의사연락이 있었다고 볼 수 없으므로 공동정범이 성립할 수 없다고 판단하였다. 제1심은 피고인들에게 형법 제30조를 적용하지 아니하고 피고인들을 각각 업무상과실치사죄의 단독정범으로 보아 주의의무의 위반과 인과관계 등을 개별적으로 판단하여, 피고인들을 모두 유죄로 판결하였다.¹³⁹⁾

검사는 피고인들을 이 사건 교통사고의 공동정범으로 기소하였으나, 과실범의 공동정범은 2인 이상 행위자가 상호의사 연락하에 과실행위를 공동으로 하거나(대법원 1982.6.8. 선고 82도781 판결 등 참조). 특정한 공동의 목표가 있고 그에 대한 의사연락이 있는 다수인이 저지른 각자의 과실이 합쳐져서 동일한 사고의 원인이 된 경우 (대법원 1997.11.28. 선고 97도1740 판결 등 참조)에 인정된다고 할 것인바, 이 사건 피고인들 사이에 특정한 공동의 목표가 있어 그에 대한 의사연락이 있었다고 볼 수 없으므로, 피고인들 사이에서 이 사건 교통사고처리특례법위반죄의 공동정범이 성립할 수 없다고 할 것이므로 형법 제30조는 적용하지 아니한다.

피고인들이 항소하자 항소심 법원은 원심판단에 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다고 보아 피고인들의 항소를 기각하였다.¹⁴⁰⁾

(3) 검토

이 사건에서 법원은 피고인들 사이에 의사연락이 없었음을 이유로 피고인들이 공동정범 관계에 있지 않다고 판단하였다. 피고인들은 우연히 비슷한 시기에 같은 장소에서 각자의 차량을 운전하던 자들에 불과하다고 할 것이어서 공동의 주의의무를 부담한다고 보기 어려우므로 판례의 입장이 타당하다고 생각한다.

139) 인천지방법원 2012. 1. 19 선고 2011고단1877 판결

140) 인천지방법원 2012. 5. 11. 선고 2012노367 판결

II. 선박 운행·운송 관련 사건

1. 정기용선자 적재물건 추락 사건

(1) 사실관계¹⁴¹⁾

이 사건 해협은 시험조류발전소 건설공사가 진행될 예정으로 조류의 변화가 극심하고 유속이 매우 강하여 사고의 위험이 높은 곳이었다. 발전소 건설공사를 하도급받은 A회사는 하도급 공사의 진행을 위하여 철골 구조물 및 해상크레인 운반작업을 진행하여야 했다. 당초 이 사건 공사는 2007. 4. 22. 16:00경 해상크레인을 먼저 운반한 후, 다음날인 4. 23. 11:00경 건설공사용 구조물인 재킷(Jacket)을 운반하는 순서로 진행될 예정이었는데, 4. 22. 작업 개시 직전에 해상크레인부선의 소유 회사 측으로부터 작업상의 어려움으로 작업 순서를 변경하자는 제안이 있었다. 이에 따라 하도급회사의 현장소장, A회사의 현장소장 甲, 예인선의 선장 乙 등이 4. 22. 14:00경 회의에 참석하여, 논의한 결과 같은 날 22:00경 정조시점에 맞추어 재킷을 운반하기로 결정하였다.

그런데, 선적작업이 예정보다 지연되어 예인선이 정조시점에 맞추어 출항할 수 없게 되었고, 乙은 출항전 甲에게 무전을 통해 ‘야간인데다 이미 정조시점(22:00)을 지나 유속이 빨라지면서 조류가 흐르고 있어서 위험하니, 다음날 오전 정조시점(11:00)에 작업을 실시하는 것이 어떻겠느냐’는 취지로 출항을 연기할 것을 건의하였다. 그러나, 甲은 예인선 선장의 출항 연기 건의를 묵살한 채 출항을 연기하거나 대책을 강구하지 않고 출항을 강행하도록 지시하였고, 乙은 甲의 지시에 따라 사고의 위험이 큰 시점에

141) 정기용선계약은 선박소유자 등 선주가 용선자에게 선원이 승무하고 항해장비를 갖춘 선박을 일정한 기간 동안 항해에 사용하게 할 것을 약정하고 용선자가 이에 대하여 기간으로 정한 용선료를 지급할 것을 약정하는 계약으로서 용선자가 선주에 의해 선임된 선장 및 선원의 행위를 통하여 선주가 제공하는 서비스를 받는 것을 요소로 한다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도11784 판결).

출항하였다. 乙이 선단을 지휘하여 항해를 하던 도중 해상에 강조류가 흐르고 있었음에도 무리하게 예인선을 운항한 결과 무동력 부선에 적재된 재킷의 상부가 진도대교에 부딪히게 되었고, 이후 재킷이 해상에 추락하여 해상의 선박교통을 방해한 사안이다.

(2) 법원의 판단

검사는 甲과 乙을 업무상과실일반교통방해의 공동정범으로 기소하였다. 제1심은 甲과 乙의 업무상 과실로 이 사건 해상에서의 교통방해의 결과가 발생하였다고 보아 업무상과실일반교통방해의 공동정범으로 판단하였다.¹⁴²⁾

이 사건의 항소심인 광주지방법원 항소부는 甲과 乙에게 각각 업무상과실이 인정된다고 판단한 다음, 甲과 乙의 주의의무 위반과 결과 사이에 인과관계 등이 인정된다고 보아 유죄를 선고하였다.¹⁴³⁾ 대법원 또한 항소심의 판단에 업무상 과실 및 공범관계에 관한 법리오해 등의 위법이 없다고 판단하며 피고인들의 상고를 기각하였다.¹⁴⁴⁾

기록에 비추어 살펴보면 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 업무상 과실 및 공범관계에 관한 법리오해나 채증법칙 위반 등의 위법이 없다.

(4) 검토

이 사건에서 甲과 乙은 사고 위험이 높은 지역에서 공동으로 맡은 바 주의의무를 위반하여 무리한 항해를 진행하였는바 공동정범의 관계를 인정할 수 있다.

142) 광주지방법원해남지원 2008. 6. 12. 선고 2007고정211 판결

143) 광주지방법원 2008. 12. 10. 선고 2008노1390 판결

144) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도11784 판결

그러나 이와 별개로, 이 사건 항소심 법원은 이 사건 사고 발생의 원인을 판단함에 있어 甲과 乙에게 각각 업무상 과실이 인정되고, 각 피고인의 과실과 사고발생의 결과 사이에 개별적으로 인과관계가 존재한다고 판단하였다.¹⁴⁵⁾ 甲과 乙이 공동정범 관계에 있다고 본다면 甲과 乙의 주의 의무위반은 전체적으로 하나의 행위로 보아 결과 사이의 인과관계 역시 전체적인 측면에서 판단되어야 한다. 그럼에도 불구하고 항소심 법원은 개별 피고인들 별로 인과관계를 판단한 잘못이 있다.

또한, 항소심 법원은 甲과 乙을 업무상과실일반교통방해의 공동정범으로 처벌하면서 이들이 어떠한 이유로 공동정범 관계에 있는지에 대하여 전혀 언급하지 아니하였다. 결론의 측면에서 위와 같은 판단의 타당성 여부는 차치하더라도, 과실범의 공동정범은 책임주의 원칙의 예외로서 제한된 요건 하에 엄격한 해석을 거쳐 인정되어야 하기 때문에, 법원으로서는 피고인들 사이에 어떠한 이유로 공동정범 관계가 성립하는지에 대하여 적극적으로 판단을 하여야 할 필요가 있다. 이에 관하여는 아래 제5장에서 후술하도록 하겠다.

145) 이 사건 항소심은 ‘이 사건 사고 발생의 원인’이라는 목차 아래 피고인 甲의 업무상 과실과 피고인 乙의 업무상 과실을 나누고, 피고인들의 각 업무상 과실로 이 사건 사고가 발생하였다고 판단하였다.

2. 세월호 침몰 사건

가. 서론

2014년 4월 16일 인천에서 제주로 향하던 여객선 세월호가 진도 인근 해상에서 침몰하면서 승객 304명이 사망·실종된 비극적인 대형 참사가 발생하였다. 이 사건과 관련하여 세월호의 승무원, 해운회사 임직원 등에 대하여 여러 형사재판이 진행되었고, 이 중 일부 판결은 관련 피고인들에 대하여 과실범의 공동정범에 관한 법리를 정면으로 다루었다.

이하에서는 세월호 사고와 관련하여 과실범의 공동정범이 쟁점이 된 해운회사 대표 및 임직원들에 대한 업무상과실치사상 등 판결과 인명구조 책임자인 해양경비정 함장에 대한 업무상과실치사상 등 판결에 관하여 살펴해보도록 하겠다.¹⁴⁶⁾

나. 해운회사 대표 및 임직원 등에 대한 판결

(1) 사실관계

2014. 4. 16. 인천에서 제주로 향하던 여객선 세월호가 무리한 선체 개조, 과적 및 부실한 고박 등으로 인한 선박의 복원성 악화, 미숙한 조타 등의 원인이 복합적으로 작용하여 전복하였다. 세월호의 선장 및 선원들은 승객들에 대한 구조 조치를 취하지 아니한 채 세월호에서 퇴선하였고, 결국 승객 304명이 사망·실종되고 152명이 상해를 입는 등 막대한 인명피해가 발생하였다.

146) 대법원은 세월호를 직접 운항한 세월호 선장에 대하여는 부작위에 의한 살인죄를, 세월호의 1등 항해사 등 선원들에 대하여는 유기치사죄를 인정하였다(대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 판결).

이 사건 피고인들은 세월호의 선사(船社)인 청해진 해운의 대표이사, 상무, 해무팀장, 물류팀장 및 물류팀 차장, 세월호의 선장¹⁴⁷⁾ 그리고 청해진 해운과의 계약에 따라 세월호의 화물적재 및 고박업무를 담당한 우련통운의 본부장과 현장팀장, 한국해운조합소속 운항관리자¹⁴⁸⁾이다.

검사는 청해진해운 임직원들인 피고인들이 세월호를 증·개축하여 복원성을 약화시켰고, 여러 차례 선장과 선원들이 지적한 세월호의 구조적 문제점을 해결하지 않은 채 매출 증대를 위하여 화물을 과다하게 적재하고 부실고박을 방치한 업무상 과실이 있고, 우련통운의 본부장과 현장팀장인 피고인들은 세월호에 적재하는 화물의 고박을 규정에 맞지 않게 부실하게 함으로써 세월호가 전복하는 데 원인을 제공하였으며, 한국해운조합의 운항관리자인 피고인은 부실한 감독만 실시함으로써 세월호의 과적 및 부실고박을 적발하지 못한 과실이 있다고 보아 이들의 위와 같은 과실과 세월호의 선장 및 1등 항해사, 조타수들의 업무상 과실¹⁴⁹⁾이 더하여져 세월호가 침몰하고 다수의 인명피해가 발생하였다고 주장하였다.

(2) 제1심의 판단¹⁵⁰⁾

제1심은 검사가 업무상과실치사상죄의 공동정범 관계에 있다고 보아 공소를 제기한 피고인들 전원에 대하여 업무상 과실 및 업무상과실치사상죄

147) 사고 당시 세월호를 운항한 선장이 아닌, 사건 당일에는 휴가 중으로 세월호를 직접 운항하지 아니한 다른 세월호 선장이다. 이 사건 발생 전에 선원들에 대한 안전교육 및 해양사고 훈련을 관련 규정에서 정한 주기에 따라 실시하지 않은 업무상 과실이 문제되었다.

148) 이 사건에서 운항관리자에게 문제가 된 업무상 과실은 운항관리자로서 세월호가 안전하게 출항할 수 있는 상태인지 여부를 점검하고 그렇지 않을 경우 그에 대한 시정조치를 명하거나 출항정지를 요청하여야 할 의무가 있음에도, 2014. 4. 15. 세월호 출항 전에 과적 여부 및 고박 상태 등을 제대로 점검하지 않은 채 세월호를 출항하도록 하였다는 것이다.

149) 세월호의 선장이 평소 과적과 부실고박을 무인하도록 한 업무상 과실, 조타원들이 조타를 미숙하게 한 업무상과실, 세월호 선장 및 선원들이 승객에 대한 어떠한 구조조치도 취하지 아니한 채 세월호에서 퇴선한 행위가 문제되었다.

150) 광주지방법원 2014. 11. 20. 선고 2014고합197, 209(병합), 211(병합) 판결의 일부 표현을 수정하였고, 업무상과실치사상죄에 한하여 살펴보도록 하겠다.

의 공동정범 성립을 긍정하였다. 제1심은 과실범의 공동정범 성립에 관한 성수대교 판결(97도1740)의 논리를 차용하여 세월호와 같은 여객선이 안전하게 항해하고 비상시 승객들이 무사히 구조되기 위해서는 여러 조건이 합쳐되어야 하므로, 각 단계의 과실만으로 승객들의 사망 또는 상해의 원인이 되지 못한다고 하더라도, 이러한 과실들이 합쳐지면 승객들의 사망 또는 상해의 결과가 발생할 수 있으므로 피고인들 모두가 선박 전복 및 승객들의 사망에 대한 공동책임을 부담한다고 판단하였다. 또한, 제1심은 이에 부가하여 이 사건 피고인들 사이에 ‘세월호를 안전하게 항해하도록 해야 한다’는 공동의 목표와 의사연락이 있었다는 점도 공동정범의 성립을 인정한 근거로 제시하였다.

2) 피고인들 사이에 공동정범이 성립하는지 여부

세월호와 같은 여객선이 안전하게 항해하고 비상시 승객들이 무사히 구조되기 위해서는 선사의 철저한 선박 관리 및 선원들에 대한 교육 실시, 선장 및 선원들의 안전 항해 및 비상시 구호조치 이행 등의 조건이 합쳐되어야 하므로, 각 단계에서의 과실만으로 승객들이 사망하거나 상해를 입는 것에 대한 원인이 되지 못한다고 하더라도, 그러한 과실들이 합쳐지면 선박이 전복되어 승객들이 사망하거나 상해를 입을 수 있다는 점은 예상할 수 있다. 따라서 선박의 안전운항에 관여한 자는 과실이 없다거나 과실이 있다고 하여도 선박 전복의 원인이 되지 않았다는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 선박 전복 및 승객들의 사망에 대한 공동책임을 면할 수 없다(대법원 1997. 11. 28. 선고 97도1740 판결 등 참조).

피고인들 및 세월호의 선장, 1등 항해사에 대해서는 세월호가 평형수를 적게 싣고 화물을 과적한 후 고박을 부실하게 한 채 출항하게 한 업무상과실이 인정되고, 이러한 피고인들의 업무상과실과 조타수들의 조타과실이 합쳐져서 세월호가 전복되는 사고가 발생하였는바, 피고인들에게는 세월호를 안전하게 항해하도록 해야 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었으므로, 피고인들 사이에는 업무상과실선박매몰죄, 업무상과실치사상죄 등에 대하여 형법 제30조가 정하는 공동정범의 관계가 성립한다고 인정할 수 있다.¹⁵¹⁾

151) 한편, 제1심은 “업무상과실치사 또는 업무상과실치상의 점에 관한 공소사실에는 피고인들과 세월호 선장 등 세월호의 선원들이 공동정범 관계에 있는 것으로 기재되어 있

(3) 항소심의 판단¹⁵²⁾

한편, 항소심은 과실범의 공동정범에 관한 일반적인 법리를 실시하였는데, 기본적으로 제1심과 마찬가지로 성수대교 붕괴사고에서 대법원이 정립한 법리에 이 사건 사실관계를 적용하였다. 그리하여 제1심과 마찬가지로 세월호와 같은 여객선이 안전하게 항해하고 비상시 승객들이 무사히 구조되기 위해서는 각 단계의 여러 조건이 합치되어야 하므로, 선박 안전운항의 각 단계에 관여한 사람은 전혀 과실이 없다거나, 과실이 있다고 하여도 선박 전복의 원인이 되지 않았다는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 선박 전복 및 승객들의 사망에 대한 공동책임을 면할 수 없다고 판단하였다.

1) 관련 법리 - 과실범의 공동정범

가) 근대의 산업화와 과학기술의 발전은 사람들에게 상당한 편리와 풍요로움을 가져다주었지만, 이로 인해 사람들은 대형사고, 각종 재난 등 생활 영역 곳곳에서 발생할 수 있는 위험에 직면하게 되었다. 이와 같은 이른바 ‘위험사회’에서 많은 사람들이 아파트 붕괴 사고, 선박 침몰 사고, 다리 붕괴 사고, 백화점 붕괴 사고 등 대형 사고들을 당하면서 사망하거나 상해를 입는 경우가 끊임없이 생겨나고 있다. 그런데 위와 같은 사고는 대부분 단계적으로 결합된 여러 사람의 과실이 그 원인이다.

나) 대법원은 과거 과실범의 공동정범 성립을 부인하는 입장이었으나(대법

다. 형법 제30조는 “2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.”고 규정하고 있는 바, 세월호 선장 등 선원 15명이 승객 등에 대한 구조조치를 이행하지 않은 행위는 고의에 의한 유기행위이고, 피고인들이 자신들의 의무를 다하지 않은 행위는 과실에 의한 행위로서 행위의 시기, 구성요건, 보호법익 등이 다르므로, 비록 피고인들이 주의의무를 다하지 않은 행위와 세월호 선원들의 유기행위가 피해자들의 사망 또는 상해의 발생에 공동으로 기여하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로 피고인들과 선원들 사이에 업무상과실치사죄 또는 업무상과실치상죄의 공동정범 관계가 성립한다고 볼 수 없다. 따라서 이 부분 공소사실은 범죄사실에서 제외한다.“고 설치하여 고의범 내지 결과적 가중범과 과실범 사이의 공동정범은 성립할 수 없음을 실시하였다.

152) 광주고등법원 2015. 4. 12. 선고 2014노509 판결

원1956. 12. 21. 선고 4289형상276 판결 참조), 위와 같은 위험사회에서 중대한 결과발생에 대한 처벌의 사각지대를 좁히고 책임자에 대한 가벌성을 확보하기 위하여 과실범의공동정범을 인정하는 입장을 유지해 오고 있다. 우암상가아파트 붕괴사건(대법원 1994.3. 22. 선고 94도35 판결), 구포역 열차 전복사건(대법원 1994. 5. 24. 선고 94도660 판결), 삼풍백화점 붕괴 사건(대법원 1996. 8. 23. 선고 96도1231 판결), 성수대교 붕괴사건(대법원 1997. 11. 28. 선고 97도1740 판결) 등이 주요 사례이다.

다) 이 사건 사고 역시 여러 사람의 과실이 경합하여 발생한 것으로서, 세월호와 같은 여객선이 안전하게 항해하고 비상시 승객들이 무사히 구조되기 위해서는 선사의 철저한 선박 관리 및 선원들에 대한 교육 실시, 규정에 맞는 화물선적 및 고박, 선장 및 선원들의 안전 항해 및 비상시 구호조치 이행 등의 조건이 합치되어야 하므로, 각 단계에서의 과실만으로 승객들이 사망하거나 상해를 입는 것에 대한 원인이 되지 못한다고 하더라도, 그러한 과실들이 합쳐지면 선박이 전복되어 승객들이 사망하거나 상해를 입을 수 있다는 점은 예상할 수 있다. 따라서 선박 안전운항의 각 단계에 관여한 사람은 ‘전혀 과실이 없다거나’, ‘과실이 있다고 하여도 선박 전복의 원인이 되지 않았다는’ 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 선박 전복 및 승객들의 사망에 대한 공동책임을 면할 수 없다(위 성수대교 붕괴사건 관련 97도1740 판결 취지 등 참조).

한편, 항소심 법원은 위와 같은 기존의 법리에 덧붙여 과실범의 공동정범에 관한 의미있는 설시를 하였다. 항소심 법원은 과실범의 공동정범이 인정되는 경우 과실범 개개인의 개별적인 인과관계의 증명이 요구되지 않아 손쉽게 가벌성이 인정됨으로써 형사처벌이 확대될 위험성이 있고 일부 단계에 관여한 사람도 발생한 결과 전체에 대하여 책임을 지게 되므로, 이를 엄격하게 적용할 필요성이 있다고 하여, 최초로 과실범의 공동정범 법리가 엄격하게 적용될 필요성에 대하여 언급하였다. 항소심 법원은 과실범의 공동정범 법리를 엄격하게 적용하여 ‘공동행위자들 개개인별로 과실범의 범죄성립요건에 대한 엄격한 검토가 요구된다’고 하였는데, 이는 개별 과실범의 주의의무위반여부를 판단함에 있어 보다 엄격하게 판단하여야 한다는 의미로 해석된다.

가) ‘과실범의 공동정범’ 엄격 적용의 필요성

위에서 본 관련 법리에 따라 ‘과실범의 공동정범’을 인정한다고 하더라도 공동정범이 인정되는 경우 과실범 개개인의 개별적인 인과관계의 증명이 요구되지 않아 손쉽게 가벌성이 인정됨으로써 형사처벌이 확대될 위험성이 있고 일부 단계에 관여한 사람도 발생한 결과 전체에 대하여 책임을 지게 되므로, 이를 엄격하게 적용할 필요성이 있다. 따라서 단순히 공동행위에 의한 결과 발생에 대하여 단체책임을 지울 것이 아니라 공동행위자들 개개인별로 과실범의 범죄성립요건에 대한 엄격한 검토가 요구된다.

항소심은 과실범의 공동정범에 관하여 위와 같은 법리를 제시한 다음 이를 바탕으로 제1심에서 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 유죄가 선고된 피고인들 중 우련통운의 본부장에 대하여 업무상 과실이 인정되지 않는다는 이유로 무죄를 선고하였다.¹⁵³⁾

그러나 과실범의 공동정범을 엄격하게 적용할 필요성에 비추어 볼 때, 화물과적과 관련한 우련통운의 본부장, 현장팀장의 업무상과실을 인정한 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍할 수 없다. ...(중략)... 화물과적과 관련한 피고인들의 업무상과실을 인정하기 어려움에도 이와 달리 판단한 원심판결은 부당하다. ...(중략)... 그러나 부실고박과 관련한 피고인의 업무상과실을 인정한 원심의 판단은 위에서 본 과실범의 공동정범 엄격 적용의 법리와 함께 다음과 같은 이유에 비추어 보면 그대로 수긍할 수 없다.

(4) 대법원의 판단

대법원은 업무상과실선박배물 및 업무상과실치사상의 점에 관한 검사 및 피고인들의 상고를 모두 기각하고, 원심의 판단에 잘못이 없다고 판단하였다. 한편, 대법원은 이 사건 피고인들과 세월호의 선장 및 선원들 사이에 공동정범관계가 성립하지 않는다고 하더라도 이 사건 피고인들의 과실과 세월호의 침몰 및 사상의 결과 사이에 인과관계가 인정된다고 판단하였다.

153) 우련통운의 현장팀장의 경우 화물과적에 관한 업무상 과실은 부정되었으나, 부실고박에 관한 업무상 과실이 인정되어 원심의 판단이 유지되었다.

원심이, 앞서 본 바와 같이 세월호의 침몰 및 승객 등의 사상에 대하여 위 피고인들의 업무상과실이 인정되고 그러한 과실로 인하여 침몰 및 사상의 결과가 발생한 이상, 세월호의 선장과 승무원들의 적절한 구호조치 미이행이 결합하여 위와 같은 사상의 결과가 발생한 것이라고 하더라도 위 피고인들의 행위와 사상의 결과 발생 사이에 인과관계가 인정된다고 판단한 것은 정당하다.

원심은 부작위에 의한 살인죄 및 유기치사상죄로 기소된 세월호의 선장 및 선원들과 이 사건 피고인들의 업무상과실치사상죄 사이에 공동정범 관계가 성립되지 않는다고 판단하였고, 이 사건 피고인들의 업무상 과실만으로도 세월호의 침몰 및 승객들의 사상의 결과 사이에 인과관계가 인정된다고 판단하였다. 대법원은 이와 같은 원심의 판단이 인과관계의 판단에 오류가 없다고 한 것이다.

(5) 검토

이 사건 항소심 재판부가 과실범의 공동정범 법리에 가벌성 확장의 위험이 존재하기 때문에 엄격한 성립요건 하에 인정하여야 한다는 문제의식을 판결문에 설시한 것은 상당히 큰 의미가 있다고 생각한다. 과실범의 공동정범 법리 확대 적용으로 개별적인 인과관계의 증명이 요구되지 않아 가벌성이 확장되고 피고인들의 방어권의 침해가 우려될 수 있다는 점을 지적한 것은 법원 내부적으로도 법리의 확대 적용에 대한 우려가 존재함을 보여준다.

그러나 아쉬운 측면은 과실범의 공동정범을 엄격하게 인정하여야 한다는 해석이 피고인들 사이의 공동정범의 관계를 엄격하게 인정하여야 한다는 결론이 아니라, 개별 피고인들의 업무상 과실 존부를 보다 엄격하게 해석하여야 한다는 결론으로 귀결되는 것은 논리적이지 않다는 생각이다. 행위자들에게 과실이 존재하는지 여부와 행위자들이 공동정범의 관계로 연결될 수 있는지 여부는 상호 독립적인 것으로서, 과실범의 공동정범을

엄격하게 해석한다고 하여 피고인들 개별적인 업무상 과실을 보다 엄격한 잣대로 판단할 이유는 없는 것이다.

과실범의 공동정범이 문제되는 경우 행위자들의 과실유무를 판단한 다음 행위자들을 공동정범 관계로 연결지을 수 있는지를 판단하게 되는데, 이 과정에서 엄격한 요건 하에 공동정범 관계를 긍정하여야 할 필요가 있다.¹⁵⁴⁾ 공동정범관계가 인정될 경우 공동정범으로 포섭되는 행위자는 비록 본인의 과실에 의하여 초래된 결과가 아니더라도 발생한 결과 전부에 대하여 책임을 지게 되기 때문이다.

다. 인명구조 책임자인 해양경비정 함장에 대한 판결

(1) 사실관계

피고인 甲은 목포해양경찰 123 해양경비정의 정장으로 세월호가 침몰하기 시작한 이후 사고 현장에 가장 먼저 도착한 자이다. 甲은 해경 정장으로서 해상경비, 해난구조, 해양오염방지 및 감시, 해상범죄조사 등을 수행하여야 할 임무와 함께 선박의 침몰·침수·전복 등으로 인한 다수 인명피해 등 재난 발생시 관계 법령 및 해양경찰청 업무 매뉴얼에 따라 신속하게 수색 및 인명 구조 업무를 수행하여야 할 임무가 있다.

甲은 이 사건 당시 13 해양경비정에 정장인 피고인 및 12명의 승조원들을 태우고 목포항을 출발하여 해상경비 등 임무를 수행하고 있었다. 甲은 2014. 4. 16. 08:58경 해양경찰서 상황실장으로부터 세월호의 사고 사실을

154) 과실범의 단독범의 경우 행위자들에게 과실이 존재하는지 여부를 판단한 다음 과실과 결과 사이에 인과관계 및 객관적 귀속이 인정될 것인지 여부를 판단하는 것이라면, 과실범의 공동정범의 경우 행위자들의 과실유무를 판단한 다음 행위자들이 공동정범관계에 있는지 여부를 판단하여 공동정범 관계에 있는 행위자들의 주의의무위반을 전체적으로 하나로 보아 결과 사이에 인과관계 등이 있는지 여부를 판단하게 될 뿐이다.

전달받고, 사고 현장으로 이동하여 09:30경 현장에 도착하였다.¹⁵⁵⁾ 甲이 사고 현장에 도착하였을 당시 세월호는 이미 경사가 약 52도에 이르러 침수한계선이 이미 수면에 잠기어 복원력을 완전히 상실한 상태였다. 甲은 사고현장 1마일 앞 해상에 도착하여 쌍안경으로 세월호의 상황을 확인하였다. 甲은 세월호의 선장 및 선원들을 통해 승객들의 퇴선유도조치가 취하여질 것으로 생각하고 09:35경 세월호에 접근하여 09:38경 고무단정을 하강시켰고, 이후 123 해양경비정의 승조원들은 고무단정을 통해 선체 밖을 빠져나오는 사람들을 123 해양경비정에 옮겨 태우는 방식으로 구조작업을 진행하였다.

그러나, 세월호의 선장과 선원들은 '구명조끼를 입고 선내에 대기하라.'는 안내 방송을 실시하게 하여 승객들이 세월호 안에 머무르고 있었고, 피고인 甲은 선체 밖으로 빠져 나오는 사람들을 구조하는 작업을 진행하였을 뿐 선체 안에 있는 사람들에게 방송장비를 이용하여 퇴선을 유도하거나 123 해양경비정의 승조원들로 하여금 갑판으로 이동하여 선내에 대기하고 있던 승객들이 퇴선하도록 유도하지는 않았다.

검사는 피고인 甲이 현장지휘관으로서 승객들에 대한 퇴선유도에 필요한 조치들을 이행하지 않은 업무상과실로 청해진 해운의 임직원, 세월호의 선장 및 선원, 고박업체의 임직원, 운항관리자들 등과 공동하여 세월호 피해자들을 사망 또는 상해에 이르게 하였다고 이유로 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 기소하였다.

(2) 제1심의 판단¹⁵⁶⁾

제1심인 광주지방법원은 피고인 甲이 침몰한 세월호에 450여 명의 승객이 탑승했다는 정보를 받고 도착한 뒤 여객선이 45 ~ 50도로 기울어 즉각

155) 甲은 사고현장으로 이동 중 09:16경 목포경찰청 상황실로부터 해양경찰청 해상 수색 구조 매뉴얼에 근거한 현장지휘관(OSC, On-Scene-Commander)으로 지정되었음을 통보받았다.

156) 광주지방법원 2015. 2. 11. 선고 2014고합436 판결

적 퇴선 유도 방송 등을 하지 않으면 선대 대기하던 승객들이 빠져나오지 못해 사망과 상해에 이를 수 있는데도 도착 이후 세월호 선장 또는 선원과의 교신을 통한 승객 퇴선 유도를 소홀히 한 업무상 과실이 인정된다고 판단하였다.

구조활동에 관한 피고인의 업무상과실은 피고인이 세월호의 승객들이 대피하지 못하고 있다는 사실을 인식할 수 있었던 09:44경 이후 123 해양경비정의 승조원들에게 세월호에 접근하여 퇴선방송을 실시하거나 세월호 선체에 올라가 출입문 근처에서 승객들의 퇴선을 유도할 것을 지휘하지 아니한 범위 내에서 인정된다

피고인이 L의 방송장비로 세월호 밖에서 퇴선방송을 실시하거나 123 해양경비정의 승조원을 통해 세월호의 갑판에서 퇴선유도조치를 실시하였다면 피해자들은 세월호 선체를 빠져나와 생존할 수 있었던 것으로 판단된다.

제1심 재판부는 피고인에게 퇴선명령을 하지 않은 과실 등을 인정하면서 그 책임이 발생한 시점을 2014년 4월 16일 오전 9시44분 이후라고 특정하고 4층 선미에서 주검으로 발견된 56명의 사망에 책임있다고 판단하였다.

한편, 제1심 재판부는 피고인에게 세월호의 선장 및 선원들, 청해진 해운의 임직원들과 업무상과실치사상죄의 공동정범이 인정될 수 있는지에 관하여는 두 사람 이상이 어떠한 과실행위를 서로의 의사연락 하에 이룩하여 범죄가 되는 결과를 발생케 한 것이라면 과실범의 공동정범이 성립된다고 할 것이나, 구조작업을 수행한 피고인과 전복의 원인을 제공한 해운사와 고박업체의 관계자들, 선박검사원 및 승객들을 유기한 세월호의 선장 및 선원들 사이에 승객들의 사망에 대한 의사연락 또는 공동의 의사가 있다고 할 수 없으므로, 피고인과 위 사람들 사이에 공동정범이 성립할 수 없다고 판단하였다.

제1심 재판부는 甲과 공동정범으로 기소된 세월호 선장 및 선원 등 사이에 의사의 연락 또는 공동의 의사가 없다는 근거로 세월호의 전복과 甲이 아무런 관계가 없는 점, 승객들의 구조를 함께한다는 의사가 존재하지 않았고 승객들의 구조에 관한 공동의 목표가 있었다고 보기 어려운 점, 甲이 구조작업을 시작하기 이전에 이루어진 일에 대한 공동의 목표나 의사연락이 있었다고 보기 어려우며 책임의 원칙의 측면에서도 이 부분에 대한 책임을 피고인에게 부담시키는 것은 부당한 점 등을 언급하였다.

형법 제30조가 규정하는 '공동하여 죄를 범한 때'의 '죄'라 함은 고의범뿐만 아니라 과실범도 포함되는 것이므로, 두 사람 이상이 어떠한 과실행위를 서로의 의사연락 하에 이룩하여 범죄가 되는 결과를 발생케 한 것이라면 과실범의 공동정범이 성립한다. 위와 같은 법리에 따라 판단하건대, 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사실들을 종합하면, 구조작업을 수행한 피고인과 전복의 원인을 제공한 해운사와 고박업체의 관계자들, 선박검사원 및 승객들을 유기한 세월호의 선장 및 선원들 사이에 승객들의 사망에 대한 의사연락 또는 공동의 의사가 있다고 할 수 없으므로, 피고인과 위 사람들 사이에 공동정범이 성립할 수 없다.

1) 세월호가 전복된 것은 청해진 해운 임직원들의 무리한 선체 개조, 과적 및 부실한 고박 등으로 인한 선박의 복원성 악화와 선원들의 조타과실이 복합적으로 작용한 것이고, 해경 경비정의 함장인 피고인과는 아무런 관계가 없다.

2) 세월호가 전복된 이후 세월호의 선장 및 선원들은 승객들에 대한 퇴선 유도조치를 권유받았으나 이를 이행하지 않았고, 09:37경 마지막 교신을 끝으로 09:41경부터는 AT의 반복된 호출에도 응답하지 않고 승객 구조를 위한 자신들의 의무를 이행하지 않은 채 승객들의 구조활동을 해경에게 미루었다. 반면 피고인은 세월호의 선장 및 선원들의 유기행위를 알지 못한 상태에서 승객들에 대한 구조작업을 진행하였다. 즉 피고인과 O의 선장 및 선원들 사이에 승객들을 구조하기 위한 행위를 함께 한다는 의사는 존재하지 않았다.

3) 피고인은 사고현장에 도착한 이후 고무단정을 내리는 등 구조작업에 착수하였고, 선체 밖으로 나온 사람들을 L에 옮겨 태웠다. 비록 그 과정에서 적절한 구조조치를 이행하지 않은 과실이 있었다고 하더라도 피고인의 구조작업은 앞서 본 P 임직원, O 선장 및 선원들의 고의 또는 과실행위에 의한 결과의 발생을 방지하기 위한 행위로서 해양경찰의 임무를 수행한 것이므로, 피고인이 위 사람들과 승객들의 구조에 관한 공동의 목표를 가지고 있었다고 인정하기 어렵다.

4) 검사는 피고인과 P의 임직원, O의 선장 및 선원들, 고박업체 임직원 및 선박검사원 사이에 O 승객의 안전이라는 공동의 목표가 존재한다고 주장한다. O의 운항과 관련된 사람들 사이에는 평소 O의 안전성 유지를 위하여 각 단계별 임무가 존재하고 각자의 임무를 제대로 수행하여야만 O의 안전한 항해를 보장할 수 있다는 면에서 공동의 목표를 인정할 수 있으나, 피고인은 사고가 발생한 이후 구조작업에 투입된 것에 불과하고 O의 운항에는 관여한 바가 없다. 따라서 피고인에게 다른 사람들과의 사이에 구조작업 이전에 이루어진 일에 관한 공동의 목표나 의사연락이 있었다고 볼 수 없다.

5) 피고인은 이미 다른 사람들의 행위로 인해 피해자들의 생명과 신체에 대한 위험이 발생한 상태에서 사고현장에 도착하였으므로, 피고인의 책임 범위는 그 후 자신의 업무상과실로 인해 구조하지 못한 피해자들에 대한 부분에 한정되어야 한다. 구조행위자에 대하여 구조작업을 시작하기 이전의 원인에 대한 책임까지 부담하도록 하는 것은 자기 책임의 원칙에 반하는 것으로 허용될 수 없다.

6) 검사는 피고인과 다른 사람들 사이에 공동정범의 성립이 인정되지 않는다면 처벌의 흠결이 발생할 수 있다고 주장한다. 그러나 이 사건은 성수대교 붕괴 사고와 같이 누구의 행위가 결과 발생의 원인이 되었는지가 불분명한 사안이 아니다. P의 임직원 등 다른 사람들의 행위가 피해자들의 사망 또는 상해의 결과의 원인이 되었음이 인정되고, 다만 피고인의 업무상과실이 없었다면 구조할 수 있었던 피해자가 누구인지 확정하기 곤란한 사정이 있을 뿐이다.

(3) 항소심 및 대법원의 판단

검사는 위와 같은 제1심 판결에 대하여 공동정범 성립에 관한 판단에 잘못이 있다고 하여 항소하였으나, 항소심은 피고인과 다른 사람들 사이에는 공동의 목표와 의사연락이 있다고 할 수 없으므로 피고인에게 공동정범이 성립하지 않는다고 한 제1심의 판단에 잘못이 없다고 판단하였다.¹⁵⁷⁾

세월호의 선장 및 선원, 해운사의 임직원, 고박업체 직원 및 운항관리자 사이에는 세월호 출항부터 목적지인 제주도 도착까지 세월호를 안전하게 운항하여 승객과 화물을 운송한다는 공동의 목표와 의사연락이 있다고 할 수 있으나, 세월호에 전복 사고가 발생한 이후 비로소 현장지휘관으로 승객 구조작업에 참여하게 된 피고인에게 위 사람들과 같은 공동의 목표와 의사연락이 있다고 인정할 수 없다. 원심이 판시한 사정을 위에서 본 과실범의 공동정범 법리에 비추어 보면, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 검사가 주장하는 것과 같은 잘못이 없다. 따라서 검사의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.¹⁵⁸⁾

항소심 판결에 대하여 검사는 공동정범 성립에 관한 법리오해 등을 주장하며 상고하였으나, 대법원은 항소심 판단에 공동정범 성립에 관한 법리오해 등의 위법이 없다고 설시하며 상고를 기각하였다.¹⁵⁹⁾

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 '피고인에게는 세월호의 선장 및 선원 청해진 해운의 임직원, 고박업체의 직원 및 운항관리자 등과 사이에

157) 광주고등법원 2015.7.14. 선고 2015노177 판결

158) 재판부는 1심에서 승객 56명의 사망과 피고인의 부실구조와의 인과관계만 인정했으나 선내 대기하고 있던 승객 및 세월호 승무원이 해경의 구조만 기다리고 있었던 점을 고려하면 피고인이 도착 뒤 9시 30분에서 50분 사이 퇴선 유도 방송 등만 했어도 승객들이 빠져나와 사망 및 실종되지 않을 것으로 보이므로 피고인의 부실 구조에 따라 123명 도착 당시에 이미 숨진 양 모 씨를 제외한 303명 전원의 사망 및 실종과 인과관계가 인정된다고 판단하였다. 다만 주된 책임이 세월호 승무원이나 선사인 청해진해운 임직원 등에 있는 점을 고려해 양형을 정했다고 설명하였다.

159) 대법원 2015. 11. 27. 선고 2015도11610 판결

공동의 목표와 의사연락이 있다고 할 수 없다"는 등의 이유로 피고인과 이들 사이에 공동정범이 성립할 수 없다고 판단한 것은 정당하다. 거기에 검사의 이 부분 상고이유 주장과 같은 법리오해나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

(4) 검토

이 사건에서 검사는 세월호의 침몰 원인을 무리한 선체 개조, 과적 및 부실한 고박 등으로 인한 선박의 복원성 악화와 선원들의 조타과실에 있다고 보면서도, 세월호의 침몰 도중에 구조작업에 관여한 피고인을 다른 관여자들과 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 기소하였다.

수많은 피해자들이 세월호에서 빠져 나오지 못하여 사건의 비극이 더욱 극대화되었다고 하더라도, 이 사건 피고인은 세월호의 침몰 그 자체와는 전혀 연관성이 없다. 그럼에도 불구하고 검사는 피고인을 해운사 및 고박 회사의 임직원들과 공동정범의 관계에 있다고 보아 무리한 기소를 감행한 것이다.

법원은 검사의 기소에 대하여 피고인과 다른 관여자들 사이에 공동의 목표와 의사연락이 인정되지 아니한다고 판단하여 공동정범 관계를 부정하였고, 이러한 판단에 따라 피고인을 업무상과실치사상죄의 단독정범으로 보아 인과관계 유무를 판단하였다. 검사의 무리한 공동정범 의율에 대하여 과실범의 공동정범 적용의 한계를 지적하고, 공동정범이 아닌 단독정범으로 판단한 것은 결론적으로 타당하다고 생각한다.

제 3 절 건축사고에 관한 사례

건축사고는 법원이 과실범의 공동정범이 법리를 적용하는 대표적인 사례이다. 건축과정에서 설계, 시공, 감리, 관리·감독 등 여러 관련자의 관여가 필수적으로 이루어지며, 부실한 설계와 시공 등으로 인하여 건물 등이 부실하게 건설될 경우 붕괴사고가 발생하여 치명적인 인명피해가 초래될 위험이 있기 때문이다.

대법원은 초기에는 부실한 시공에 직접적인 원인이 되는 설계상 과실과 시공상 과실에 초점을 맞추어 설계 및 시공에 관여한 자들을 과실범의 공동정범으로 처단하다가 ‘삼풍백화점 사건’에서는 설계 및 시공에 관여한 자들 뿐만 아니라 완공 후의 유지 관리에 책임이 있는 건축주에게도 주의의무의 공동을 인정하였다. 이후 대법원은 ‘성수대교 붕괴 사건’에서 공동정범의 인정범위를 더욱 확대하여 감독 공무원 등 건설 후의 유지·관리업무의 담당자들에게까지 공동정범의 죄책을 부담시키고 있다.

이하에서는 대표적인 건축사고에서 법원이 과실범의 공동정범을 적용하여 문제를 해결한 사례들에 대해 살펴보도록 하겠다.

1. 우암상가아파트 붕괴 사건

(1) 사실관계

이 사고는 1993년 1월 청주시 우암동에 위치한 우암상가아파트가 붕괴되어 28명이 사망하고, 48명이 부상을 입은 사안이다. 피고인 甲은 우암상가아파트를 시공한 시공사 A주식회사의 대표이사이자 건축주이고, 피고인 乙은 A회사의 주주 겸 전무이사로서 위 건축 전반에 걸친 업무를 지휘

감독한 자이며, 피고인 丙은 우암상가아파트 건물의 설계 및 공사 감리를 맡았던 자이다. 피고인 丁은 우암상가 변영회회장으로 동상가의 안전관리 등을 총괄하는 책임자이고, 피고인 戊는 위 상가의 관리인으로 상가의 방법 및 화재 안전관리담당자이다.

시공사의 대표이사 甲은 위 건물의 공사비 등을 절감하기 위하여 전문 건설회사를 시공자로 선정하지 아니하고 직접 시공하기로 하고, 주식회사를 설립하여 대표이사로 취임하였으며, 전혀 건축기술도 없는 자들을 위 회사의 경리과장 및 자재과장으로 선임하여 이 사건 건물 신축공사의 직영체제를 갖추고, 서류상으로는 마치 일반건설업면허를 가진 공소외 B건설합자회사가 이 사건 건물 신축공사의 시공업체로 선정되어 공사를 하고 있는 것처럼 꾸몄다. 한편, A회사의 전무 乙은 건축현장에 상주하면서 건축시 공동 전반에 관한 총괄적인 업무를 맡아 건축공사를 지휘, 감독하였다. 건축 설계자 丙은 위 아파트의 설계도를 작성함에 있어서 설계구조도 면상 기둥의 단면이 받는 콘크리트의 압축강도를 기준강도에 훨씬 못미치게 설계하였다.

이에 따라 실제로 상가아파트의 신축공사가 진행되는 과정에서도 부실하게 공사가 이루어져 건물의 주요 구조물인 기둥이 콘크리트압축강도가 기준에 미치지 못하여 화기에 견디지 못하도록 시공하고, 철근배근을 조잡하고 부실하게 시공하는 등 건물이 부실하게 시공되었다. 사건 당일 상가아파트 건물의 1층 상가에 화재가 발생하였고, 위와 같은 설계도 작성상의 문제점과 부실시공이 원인이 되어 건물이 완전히 붕괴되었다. 그 결과 건물 안에 있던 입주민 28명이 사망하였고, 48명이 부상을 입게 되었다.

검사는 상가아파트를 시공사한 대표이사 甲 및 전무 乙, 그리고 위 건물의 설계자 丙, 상가 변영회회장 丁, 상가의 관리인 戊 등을 업무상과실 치사상죄의 공동정범으로 기소하였다.

(2) 제1심과 항소심의 판단

제1심은 피고인 甲, 乙, 丙에 대하여 이들의 과실로 인하여 이 사건 사고가 발생하였다고 보아 업무상과실치사상죄의 공동정범의 성립을 긍정하였다. 이에 반하여 피고인 丁과 戊에 대하여는 무죄를 선고하였는데 피고인 丁의 경우 우암상가의 안전관리를 총괄하는 자라고 볼 수 없어 화재의 예방 및 조기발견 및 화재의 확대방지를 위한 업무상 주의의무가 인정되지 아니하며¹⁶⁰⁾, 피고인 戊의 경우 도난 및 화재 예방을 주임무로 하는 경비원인 위 피고인이 이 사건 상가아파트의 안전관리업무를 담당한다고 할 수 없고, 화재의 원인이 밝혀지지 아니한 이 사건에서 경비원인 위 피고인에게 화재예방임무를 다하지 아니하였다고 볼 수도 없다고 판단하였다.¹⁶¹⁾

위와 같은 제1심의 판단에 대하여 피고인들과 검사가 항소하였고, 항소심은 원심의 판단을 유지하였다.¹⁶²⁾

(3) 대법원의 판단¹⁶³⁾

한편, 대법원은 이 사건에서 甲은 부설시공이 쉽게 예견될 수 있었음에도 적절한 조치를 취하지 아니하였으며, 丙은 부실한 설계와 감리로 인하여 이 사건 건물이 잘못 시공되게 하였다고 보아 甲과 丙에게 업무상과실치사상죄의 공동정범의 죄책을 부과하였다. 반면, 전무이사인 乙에 대하

160) 제1심은 이에 더하여 피고인 丁에게 소방설비 등을 점검보완하지 아니하고 경비원을 지휘 감독치 아니한 과실이 있다고 하더라도 위 피고인의 그와 같은 과실과 앞서 인정한 바와 같은 부설시공으로 인한 이 사건 건물 붕괴로 말미암아 수많은 사상자가 발생한 결과 사이에 상당인과관계가 있다고 할 수 없을 뿐 아니라, 위 피고인으로서 10여년 전에 부실하게 건축된 건축물에 뒤에서 보는 바와 같이 원인을 알 수 없는 화재가 발생하여 1시간이 넘게 진화작업을 하였으나 붕괴되므로서 수많은 사상자가 발생할 수 있다는 것을 예상할 수 있었다거나 이를 회피할 수 있었다고 볼 수도 없다고 판단하였다.

161) 청주지방법원 1993. 7. 26 선고 93고합113 판결

162) 대전고등법원 1993. 12. 2 선고 93노546 판결

163) 대법원 1994. 3. 22. 선고 94도35 판결

여는 건물의 신축공사 전반에 관한 업무를 총괄하였다고 하더라도 구체적인 지휘감독 권한과 책임이 있었다고 단정할 수 없으며, 부실시공으로 인한 건물붕괴에 대한 예견가능성이 인정되지 않는다고 보아 무죄를 선고하였다.

대법원은 이 사건에서 시공사의 대표이사 甲와 설계자 丙이 업무상과실치사상죄의 공동정범의 관계에 있다고 판단하면서 피고인들 상호간에 “각자가 협력하여 건물을 안전하고도 견고하게 신축하여야 할 주의의무가 있었을 뿐만 아니라, 서로 의사를 연락하여 이 사건 건물을 신축”하였다고 판시하였다.

형법 제30조 소정의 “2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때”의 “죄”에는 고의범 뿐만 아니라 과실범도 포함되는 것으로서, 이 사건의 경우 피고인 1과 공소외 1 및 원심공동피고인 등은 각자가 협력하여 이 사건 건물을 안전하고도 견고하게 신축하여야 할 주의의무가 있었을 뿐만 아니라, 서로 의사를 연락하여 이 사건 건물을 신축하였던 것이므로, 이들 사이에 형법 제30조 소정의 공동정범의 관계가 성립한다고 보아야 할 것인바, 이와 견해를 같이하여 피고인 1과 원심공동피고인 사이에 업무상과실치사상죄의 공동정범관계가 성립하는 것으로 본 원심의 판단은 정당하다.

(4) 검토

대법원은 ‘그대로 가자 사건 판결(4294형상598)’ 이후 과실범의 공동정범이 성립하기 위하여는 ‘2인 이상이 어떠한 과실 행위를 서로의 의사연락 아래 하여 범죄되는 결과를 발생케 한 경우’여야 한다고 하여 과실행위자 상호간의 의사연락에 주목하였으나, 이 사건 판결에서는 과실행위자 상호간의 의사연락에 더하여 ‘과실행위자 상호간에 각자가 협력하여 건물을 안전하고도 견고하게 신축하여야 할 주의의무가 있었다’고 하여 과실행위자들의 (공동의)주의의무에 주목하였다. 과실행위자 상호간의 주의의무에 관한 위 판결 내용은 후술하는 ‘삼풍백화점 붕괴사건(96도1231)’과 ‘성수대

교 붕괴사건(97도1740)’의 판결에서도 원용되었으며, 최근에도 다양한 사건에서 인용되고 있다.

이에 대하여 책임원칙에 따라 결과귀속을 위한 법적지위를 고려해 볼 때 설계자와 건설담당자를 공동정범으로 파악하는 데는 무리가 있다는 비판이 있다. 건축 신축공사의 설계자는 설계가 안전한 건물을 건축하기에 적합하게 할 주의의무가 있고, 건물 신축공사의 건설담당자들은 서로 협력하여 건물을 안전하게 하여야 할 주의의무가 있다는 것이다.¹⁶⁴⁾

설계자와 건설담당자가 부담하는 주의의무는 서로 다른 종류의 것이지만, 건물의 건축이라는 동일한 목표에 관하여 상호 밀접하게 연관되어 있다. 따라서 설계자의 주의의무와 건설담당자의 주의의무 사이에는 공동의 연결고리가 존재한다고 할 것이고, 피고인들이 이를 위반한 경우 공동정범의 관계가 성립할 수 있다고 생각한다.

2. 구포역 열차전복 사건

(1) 사실관계

이 사고는 1993년 3월 28일 부산 직할시 내에 있는 구포역 인근에서 무궁화호 열차가 전복되어 많은 사상자를 낸 사고이다. 한국전력공사는 삼성중합건설에 이 사건 사고현장 부근의 터널굴착공사를 도급주었고, 삼성중합건설회사는 한진건설에 위 공사의 일부를 하도급 주었다. 한진건설은 삼성중합건설의 지휘 아래 구포역 부근에서 터널굴착공사를 위해 발파작업을 진행하였는데, 이 작업 과정에서 발파로 인하여 운행 중인 열차가 전복되어 열차에 타고 있던 승객 78명이 사망하고 196명이 부상을 입게

164) 유지영, 앞의 논문, 251면

되었다.

검사는 위 사고에 관하여 터널굴착공사를 발주한 한국전력공사의 지중선사업처장, 지중선사업처 토목1과장, 지중선사업처 부산지소장과 삼성종합건설의 대표이사, 토목사업본부장, 지원담당이사, 현장소장 그리고 한진건설의 실질 경영자, 현장소장 등을 업무상과실치사상 및 업무상과실기차전복죄의 공동정범으로 기소하였다.

(2) 제1심 및 항소심의 판단

제1심은 한국전력공사의 삼성종합건설의 대표이사에 대하여 구체적인 주의의무가 존재하지 않는다는 이유 등으로 무죄를 선고하였고, 그 외의 피고인들에 대하여는 업무상과실치사상죄의 공동정범이 성립한다고 판단하여 유죄를 선고하였다.¹⁶⁵⁾

한편, 항소심은 제1심에서 무죄가 선고된 삼성종합건설 대표이사 뿐만 아니라 한국전력공사의 지중선사업처장과 삼성종합건설 토목사업본부장 및 지원담당이사, 한진건설의 실질 경영자에 대하여도 무죄를 선고하였는데 그 이유는 위 피고인들의 경우 이 사건 사고와 관련하여 구체적이고 직접적인 주의의무가 없다는 점이었다. 그리고, 그 외의 다른 피고인들에 대하여는 업무상과실치사상죄의 공동정범 성립을 긍정하였는데, 공동정범 관계를 인정한 구체적인 근거에 대하여는 별도로 언급하지 아니하였다.¹⁶⁶⁾

165) 부산지방법원 1993. 9. 13 선고 93고합426 판결. 검사는 이 사건 사고의 발파작업 관계자에 대하여도 업무상과실이 존재한다고 보아 업무상과실치사상 등의 공동정범으로 기소하였는데, 제1심은 발파작업 관계자에 대하여는 업무상 과실이 있다고 볼 수 없다고 판단하여 무죄를 선고하였다.

166) 부산고등법원 1994. 1. 24 선고 93노1395 판결

(3) 대법원의 판단¹⁶⁷⁾

항소심 판결에 대하여 검사와 한국전력공사의 부산지소장, 삼성중합건설의 현장소장 등이 상고하였다. 대법원은 2인 이상이 서로의 의사연락 아래 과실행위를 하여 범죄되는 결과를 발생하게 하면 과실범의 공동정범이 성립한다고 실시한 다음, 공사를 도급받은 삼성중합건설의 현장소장과 이를 발주한 한국전력공사의 지소장에게 업무상과실치상죄 및 업무상과실기차전복죄의 공동정범관계가 성립한다고 판단하여 상고를 모두 기각하였다.

공동정범은 고의범이나 과실범을 불문하고 의사의 연락이 있는 경우면 성립하는 것으로서 2인 이상이 서로의 의사연락 아래 과실행위를 하여 범죄되는 결과를 발생하게 하면 과실범의 공동정범이 성립하는 것이다(당원 1994.3.22. 선고 94도35 판결, 1982.6.8. 선고 82도781 판결 등 참조). 원심판결과 원심이 인용한 제1심 판결이 채용한 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보면, 피고인 乙과 원심판시의 공동피고인들 사이에 업무상과실치상죄, 업무상과실치상죄 및 업무상과실기차전복죄의 공동정범관계가 성립하는 것으로 본 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 원심판결에 소론과 같은 위법이 있다고 볼 수 없다

(4) 검토

이 사건에서 공동정범 관계가 문제된 피고인들은 발주처인 한국전력공사의 관계자, 수급인인 삼성중합건설의 관계자, 그리고 하도급계약에 따라 공사에 참여한 한진건설의 관계자들이다. 발주처와 수급인, 그리고 하수급인은 이 사건 공사와 관련하여 부담하는 주의의무의 특성과 내용이 서로 다르지만, 기본적으로 ‘터널굴착공사’라는 하나의 동일한 목표를 위하여 계약관계로 연결되어 있다. 따라서, 이 사건 터널굴착공사업무에 관여하고 책임이 있는 피고인들 사이에는 주의의무의 연관성을 충분히 인정할 수

167) 대법원 1994. 5. 24. 선고 94도660 판결

있다고 할 것이어서 공동정범 관계를 인정할 수 있다고 생각한다.

다만, 이 사건에서 제1심과 항소심 법원이 다수의 피고인들을 공동정범으로 처벌하면서도 어떠한 근거로 피고인들 사이의 공동정범 관계를 인정하였는지 전혀 언급하지 아니하였다. 책임주의 원칙에 비추어 피고인들 사이에 공동정범관계가 성립한다고 판단한 근거와 이유는 충실하게 판단되어야 할 필요가 있다는 점에서 이 사건 법원의 판단에 일부 아쉬운 부분이 있다고 생각한다.

3. 삼풍백화점 붕괴 사건

(1) 사실관계

1995년 6월 29일 서울 서초구에 있는 삼풍백화점의 한 동이 붕괴되어 수 백명의 사망자가 발생하였다. 사고 발생 며칠 전부터 백화점 건물의 벽면에 균열이 생기는 등 붕괴의 조짐이 있었고, 사고 발생 당일 오전에는 천정이 내려 앉기 시작하였으며, 오후 6시경 건물이 약 20초만에 완전히 무너졌다. 그 결과 501명이 사망하였고, 6명이 실종되었으며, 937명의 부상자가 발생하였다.

이 사건 피고인들은 삼풍백화점을 시공한 삼풍건설의 대표이사, 전무, 건축부장, 설비부장, 설비부원, 그리고 삼풍백화점의 설계 및 감리 담당자, 삼풍건설로부터 골조공사를 도급받은 A회사의 건축주임과 건축기사, 철근 반장과 형틀반장 등이다.

이 사건에서 삼풍건설의 대표이사와 전무는 쇼핑센터 용도의 건물로 건축계획을 수립하여 설계를 의뢰하여 놓고서도 백화점 용도의 건물로 사용하기 위하여 건축면적을 임의로 증가시켜 새로운 시공용 설계도를 작성하

도록 하면서, 수시로 구조계산을 추가하여 설계에 반영되게 하였다. 또한, 골조시공 중에도 수시로 용도변경 등을 요구하여 시공자로 하여금 전반적인 부실시공을 초래하였으며, 당초 운동시설이던 5층을 전문식당가로 용도변경하면서도 충분한 보강공사를 진행하지 아니하였다. 삼풍건설의 설비부장과 건축부장은 위와 같은 공사의 담당자들로 아무런 보강조치를 취하지 아니하여 벽체의 내력을 저하시켰다.

이 사건 건물에 대한 설계 및 감리 담당자는 구조설계도면 작성 시 변경된 구조계산을 설계도면에 반영하지 아니하고, 운동시설이던 5층을 전문식당가로 용도변경함에 있어서 구조계산을 의뢰하여 이를 설계도면에 반영하는 조치를 취하지 아니하여 시공자로 하여금 고정하중을 초과하여 시공하도록 만들었으며, 기초공사시부터 건물 완공시까지 공사감리를 제대로 하지 아니하였다. 한편, 골조공사를 도급받은 A회사의 건축주임, 건축기사는 시공에 참여하는 인부들을 제대로 지휘·감독하지 못하여, 슬래브의 상부인장철근이 정상보다 가라앉은 상태로 시공되게 하고 지판부분 슬래브 두께를 정상 두께보다 얇게 시공되게 함으로써 슬래브의 내력을 심히 떨어뜨렸다. A회사의 철근반장과 형틀반장은 철근공들과 형틀공들에 대한 지휘·감독을 제대로 하지 아니함으로써 건물이 부실하게 시공되게 하였다. 삼풍백화점은 위와 같은 여러 원인이 겹쳐 건물 전체가 연쇄적으로 붕괴하였고, 그 결과 다수의 인명피해가 발생하였다.

(2) 제1심 및 항소심의 판단

검사는 피고인들의 과실이 경합하여 이 사건 사고가 발생하였다고 보아 이들 모두를 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 기소하였고, 제1심은 전부 유죄를 선고하며 피고인들의 공동정범 관계에 대하여 아래와 같이 판시하였다.¹⁶⁸⁾

168) 서울지방법원 1995. 12. 27 선고 95고합764 판결

피고인들에게 각 담당한 업무상 요구되는 주의의무를 태만히 한 과실이 있음은 아래에서 구체적으로 살펴 보는 바와 같고, 비록 피고인별로 개별적인 과실만으로는 이 사건 건물붕괴사고에 이를 수 없었다 하더라도 과실범의 공동정범의 법리상 여러 피고인들의 과실이 모두 경합하여 붕괴원인을 제공한 것이므로 공동으로 책임을 부담하게 되는 것은 당연하며, 과실범이 성립하기 위하여는 구성요건적 결과 및 그 결과발생에 이르는 인과관계의 전부는 아니더라도, 적어도 그 기본적 부분에 대한 예견가능성은 있어야 하는 것인데, 삼풍백화점과 같은 대형건물의 구조계산, 설계, 시공, 감리, 유지관리 등의 각 단계에 있어서 해당분야의 전문업무를 수행하는 피고인들로서는 건축물의 구조안전과 직접 관련이 있는 주요부재에 하자가 생기고, 여기에 다른 관련자들의 과실이 더하여질 경우 건물의 손상을 넘어 붕괴와 그로 인한 사람의 사상이라는 결과에까지 이를 수 있다는 것은 예견이 가능하다고 보는 것이 상당하다.

향소심 또한 제1심과 마찬가지로 피고인들이 업무상과실치사상죄의 공동정범 관계에 있다고 판단하였는데 보다 구체적으로 ‘건축물의 설계, 시공, 유지 관리에 관여하는 모든 사람들은 그 건물이 용도에 따라 안전하게 건축되고 사용되어 그 수명을 확보하도록 한다는 공동의 목표와 의사연락 하에 있는 것이고, 한편 건물이 그 수명을 유지하기 위하여는 설계자의 빈틈없는 계획 및 설계, 건설업자의 완벽한 시공, 건축주에 의한 철저한 건물의 유지 관리라는 세가지 조건이 합치되어야 하는 것’이고, ‘따라서 위 설계, 시공, 유지 관리의 각 단계에 관여하는 자는 전혀 과실이 없다거나, 과실이 있다 하더라도 건물붕괴의 원인이 되지 않았다는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 붕괴에 대한 공동책임을 면할 수 없다’고 판시하였다.¹⁶⁹⁾

일반적으로 건물은 설계, 시공, 유지 관리의 세 가지 요소가 결합되어 건축되고 사용되는 것이며, 따라서 일시적인 용도에 제공하기 위하여 건축되는 임시건축물 등 특별한 경우를 제외하고는 위 설계, 시공, 유지 관리에 관여하는 모든 사람들은 그 건물이 용도에 따라 안전하게 건축되고 사용되어 그

169) 서울고등법원 1996. 4. 26 선고 96노118 판결

수명을 확보하도록 한다는 공동의 목표와 의사연락 하에 있는 것이고, 한편 건물이 그 수명을 유지하기 위하여는 설계자의 빈틈없는 계획 및 설계, 건설업자의 완벽한 시공, 건축주에 의한 철저한 건물의 유지 관리라는 세가지 조건이 합치되어야 하는 것이므로, 위 각 단계에서의 과실이 그것만으로는 붕괴원인이 되지 못한다 하더라도 그것이 합쳐지면 건물이 붕괴된다는 점은 쉽게 예상할 수 있다.

따라서 위 설계, 시공, 유지 관리의 각 단계에 관여하는 자는 전혀 과실이 없거나, 과실이 있다 하더라도 건물붕괴의 원인이 되지 않았다는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 붕괴에 대한 공동책임을 면할수 없다 할 것이다.

그런데, 이 사건의 경우 위 피고인에게는 앞서 본 바와 같이 원심 판시와 같은 설계상 등의 과실이 인정되고 이는 원심 판시의 구조기술사, 시공자, 유지 관리자들의 과실(붕괴 당일 인원대피를 제대로 시키지 않았다는 점을 포함한다)과 합쳐서 이 사건 사고의 한 원인이 되었음이 명백하고, 한편 위 피고인과 시공, 유지 관리 등 건물의 신축과 사용에 관여한 사람들과 의사연락이 있었다고 보아야 할 점은 앞서 본 바와 같으므로 위 피고인과 나머지 위 사람들 사이에 이 사건 업무상과실치사상죄에 대하여 형법 제30조 소정의 공동정범의 관계가 성립된다고 본 원심판결은 정당하고 위 항소논지는 이유 없다.

(3) 대법원의 판단

대법원은 항소심의 판단과 마찬가지로 이 사건 사고는 건축계획의 수립, 건축 설계, 건축공사 공정, 완공 후의 유지 관리 등에 여러 영역에 있어서 피고인들의 과실이 중첩되어 발생하였다고 보아, 개별 단계별 관련자들을 모두 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 처벌하였다.¹⁷⁰⁾

건물의 구조적 특성상 체계적이고 종합적인 건축계획을 세우고 구조계산을 비롯한 건축설계, 골조 및 마감공사 등 건축공사공정, 건물완공 후의 유지관리등 일련의 과정에 있어서 건물의 구조안전에 대하여 세심한 주의를 기울일 필요가 있다 할 것인바, 이 사건 건물이 붕괴된 데에는 다음과 같은 여러 가지 원인이 겹쳐 있다.

170) 대법원 1996. 8. 23 선고 96도1231 판결

(4) 검토

대법원은 이 사건에서 시공과 설계의 영역에 관여한 자들 뿐만 아니라 건물이 완공된 이후 유지관리에 관여한 자들에게까지 붕괴에 대한 공동정범의 죄책을 부과함으로써 공동정범으로 논책되는 대상자의 범위를 한층 확대하였다. 즉, 해당 건축물의 안전을 위해서는 여러 영역에 걸친 주의의무 이행이 필요하다고 설명하면서, 건축계획의 수립과 건축설계 및 건축공사공정 그리고 건물완공 후의 유지관리의 업무에 책임 있는 자들을 모두 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 처벌한 것이다.¹⁷¹⁾

이러한 대법원의 입장에 대하여는 시공과 설계의 영역 뿐 아니라 관리 영역의 관련자들까지 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 처벌하면서 각 관련자들에게 개별과실이 인정되는 근거에 대해서만 상세한 판시를 하고 있을 뿐 과실공동의 요건이 어떻게 인정되는지에 대해서는 구체적인 설명을 결하고 있다는 비판이 있다.¹⁷²⁾ 개별 피고인들이 공동정범으로 의율되는 연결고리가 무엇인지, 그와 같은 결론의 근거는 무엇인지에 대한 설명이 부족하다는 것이다.

또한, 이 사건에서의 각 행위자들은 ‘건축계획의 수립’, ‘건축설계’, ‘건축완공 후의 유지관리’ 등에 있어 자신들만의 각각의 주의의무를 갖을 뿐 각 행위자간에 서로 공동의 주의의무가 없기 때문에 대법원이 이들을 모두 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 인정한 것은 적절치 못하다는 비판도 제기된다.¹⁷³⁾

즉, 건축물의 시공 및 설계의 영역과 건축물 완공 이후 유지 및 관리 영역은 주의의무의 내용과 특성, 참여자들의 의사 등 여러 측면에서 상당한 차이가 존재한다고 할 것임에도, 이러한 참여자들 사이의 연결고리에 대하여 구체적인 논증이 이루어지지 못한 아쉬움이 있다고 생각한다.

171) 이승호, 앞의 논문, 155면 참고

172) 이승호, 앞의 논문, 163면

173) 유지영, 앞의 논문, 249면

4. 성수대교 붕괴 사고

(1) 사실관계

이 사고는 1977년 4월 9일 착공되어 1979년 10월 15일 완공된 성수대교가 1994년 10월 21일 붕괴하여 그곳을 지나던 자동차 6대가 한강으로 떨어져 32명이 사망하고 17명이 부상을 입게 되었다.

이 사건 교량¹⁷⁴⁾의 시공을 맡은 동아건설 부평공장의 기술담당 상무이사과 철구부장은, 수직재의 용접 부위를 엑스자형 용접으로 용접하게 하였어야 함에도 트러스의 제작에 참여하는 자들을 제대로 지휘·감독하지 못함으로써, 아이(i)자형 용접을 하면서 용접도 양쪽을 각 1회씩만 하고 이를 충분히 하지 않아 용접불량이 되게 하였다.¹⁷⁵⁾

당시 동아건설 현장소장은 핀플레이트 강판을 설계도대로 절삭하지 아니하고 급경사를 이루도록 제작된 것을 발견하지 못하고 이를 교량가설에 사용토록 하였고, 트러스 일부 부재의 볼트의 구멍의 위치가 일치하지 않아 허용오차를 초과하여 볼트구멍을 다시 천공하거나 확장하거나 일부 연결부에는 설계도보다 적은 2개 내지 4개의 볼트만을 체결하여 시공되게 하는 등의 시공상의 잘못을 방치하였다.

174) 이 사건 교량은 게르버트러스공법에 의해 시공된 교량으로 트러스를 구성하는 각 부재의 용접이나 부재 상호간의 연결의 적정 여부가 교량의 역학구조에 결정적인 영향을 미칠 뿐만 아니라 특히 교량에 부과되는 하중이 에스트러스의 수직재에 집중되기 때문에 수직재를 설계도면과 특별시방서에 따라 정밀하게 제작하고 시공하는 것이 중요했다(97도1740 판결)

175) 또한, 이들은 용역 일부를 외부 용접공에 하도급주어 트러스 제작에 투입하고 이들에 대해 무리하게 트러스 제작 공기 단축을 독려하고 감독을 소홀히 하여 위와 같은 부실 용접을 방치하였다. 핀플레이트(pin plate) 강판(상현재와 핀으로 연결하는 부분)을 절삭함에 있어서도 설계도대로 1:10으로 완만하게 절삭하지 아니하고 1:2.5 내지 1:3 정도의 급경사로 제작하여 추가적인 응력집중현상을 초래하게 하였으며, 트러스의 유재나 가로보, 브레이싱(bracing) 등 각 부재도 설계도대로 정밀하게 제작되지 아니한 채 부재의 볼트구멍의 위치나 크기, 간격을 규격에 맞지 않게 제작하였으며, 제작 후에는 시공상태와 같은 모양으로 가조립을 하지 아니하고 트러스를 출고되게 하였다(97도1740 판결).

한편 이 사건 교량건설에 대한 발주청인 서울특별시의 현장감독공무원이었던 피고인들은 트러스를 제작함에 있어 자격을 갖춘 용접공이 용접을 실시하는지 여부, 각 트러스가 설계도면 및 특별시방서대로 용접, 제작, 조립되는지 여부 등을 확인하여야 함에도 불구하고¹⁷⁶⁾ 제대로 현장확인 등을 하지 아니하였다.

한편, 위 교량의 유지·관리 및 보수를 담당하고 있던 서울특별시 도로국 산하 동부건설사업소장, 위 사업소 보수과장, 보수과 시설계장 및 직원들은 일일점검 및 정기점검을 철저히 시행하지 아니하여 위 교량의 균열 및 부식진행상태를 발견하지 못하였고, 정기점검시 신출이음장치의 파손으로 인하여 트러스 힌지(Hinge)부에 중차량의 충격이 집중되고 있고, 방치시에는 트러스 및 교량상판 슬라브의 피로누적으로 인한 파손이 증대되어 사고가 발생할 우려가 있음을 발견하고도 서울특별시에 안전진단을 요청하지 아니하였으며 설계표준하중을 초과하는 차량의 통행제한을 서울특별시에 요청하는 등 필요한 조치를 취하지 아니하였다.

한편 서울특별시 도로국 도로시설과장, 도로시설과 시설계장은 위 동부건설사업소로부터 성수대교를 정밀안전진단을 받을 수 있는 중점관리대상으로 선정해 달라는 건의공문을 받고도 이를 받아들이지 아니하였다.

위 피고인들의 이 사건 트러스의 제작, 시공, 감독상의 여러 가지 과실 및 설계상의 잘못, 도로유지관리상의 과실이 겹쳐져서, 트러스 가설 후 교량 제5번과 제6번 교각 사이 에스트러스 북쪽 연결 부분에 있는 3개의 수직재의 용접 부분이 떨어져 나가 중앙부 에스트러스의 수직재 균열 부분이 먼저 끊어진 후 트러스의 남쪽 연결 부분에 있는 3개의 수직재도 연쇄적으로 끊어져 같은 트러스를 포함한 상판 일체가 한강으로 떨어지면서

176) 특히 에스트러스의 수직재를 제작함에 있어 핀플레이트 강판 접합 부분이 1:10의 완만한 경사로 깎아졌는지, 용접 부분을 엑스형으로 개선하고 용접하였는지 여부 등을 육안 및 방사선검사 등을 통하여 확인하고, 트러스의 제작완료 후에는 가조립을 실시하였는지 여부를 확인하여야 할 의무가 있었다(97도1740 판결)

때마침 그 곳을 지나던 자동차 6대가 한강으로 떨어져 32명이 사망하고 17명이 부상을 입게 되었다.

(2) 대법원의 판단¹⁷⁷⁾

대법원은 이 사건에서 교량과 같은 건조물이 그 수명을 유지하기 위하여는 건설업자의 완벽한 시공, 감독공무원들의 철저한 제작시공상의 감독 및 유지·관리를 담당하고 있는 공무원들의 철저한 유지·관리라는 조건이 합치되어야 하는 것이라고 판시하며 교량 건설회사의 트러스 제작 책임자와 교량공사 현장감독, 발주 관청의 공사감독 공무원 및 서울시 유지·관리 담당 공무원들에게 업무상과실치사상죄의 공동정범 관계가 성립한다고 판단하였다.

성수대교와 같은 교량이 그 수명을 유지하기 위하여는 건설업자의 완벽한 시공, 감독공무원들의 철저한 제작시공상의 감독 및 유지·관리를 담당하고 있는 공무원들의 철저한 유지·관리라는 조건이 합치되어야 하는 것이므로, 위 각 단계에서의 과실 그것만으로 붕괴원인이 되지 못한다고 하더라도, 그것이 합쳐지면 교량이 붕괴될 수 있다는 점은 쉽게 예상할 수 있고, 따라서 위 각 단계에 관여한 자는 전혀 과실이 없다거나 과실이 있다고 하여도 교량 붕괴의 원인이 되지 않았다는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 붕괴에 대한 공동책임을 면할 수 없다.

이 사건의 경우, 피고인들에게는 트러스 제작상, 시공 및 감독의 과실이 인정되고, 감독공무원들의 감독상의 과실이 합쳐져서 이 사건 사고의 한 원인이 되었으며, 한편 피고인들은 이 사건 성수대교를 안전하게 건축되도록 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었다고 보아야 할 것이므로, 피고인들 사이에는 이 사건 업무상과실치사상등죄에 대하여 형법 제30조 소정의 공동정범의 관계가 성립된다고 보아야 할 것이다.¹⁷⁸⁾

177) 대법원 1997. 11. 28. 선고 97도1740, 대법원 1997. 11. 28. 선고 97도1741 판결

178) 대법원은 이 사건에서 피고인들에게 공동정범관계가 인정되기 때문에, 독립행위경합 등 동시범에서 문제가 되는 부분은 전혀 쟁점이 되지 않는다는 점도 명확히 설시하였다. “2인 이상이 상호의사의 연락이 없이 동시에 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였을 때에는 원칙적으로 각인에 대하여 그 죄를 논하여야 하나, 그 결과발생의 원인이 된

(3) 검토

이 사건에서 대법원은 감독공무원들에게까지 업무상과실치사상죄의 공동정범관계의 성립을 인정함으로써 공동정범의 성립범위를 상당히 확장하였다. 이 사건 대법원 판결 법리는 이후에도 계속 다른 과실범의 공동정범 사건에서 원용되고 있으며, 과실범의 공동정범 성립범위가 확대되는 계기가 되었다.

대법원은 이 사건에서 교량의 건설에 관련된 관련자들 뿐 아니라 감독공무원 등 건설 후의 유지·관리업무의 담당자들에게까지 업무상과실치사상죄의 공동정범 죄책을 부담하게 하였다. 이에 대하여 건설관련자들에 대해서는 “성수대교를 안전하게 건축되도록 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었다고 보아야 할 것”이라고 판시하여 과실 공동의 인정근거를 제시하지만, 건설관련자들과 유지·관리 업무의 담당자를 묶어내는 과실공동의 연결끈은 그 내용이 구체적으로 설명되지 않는다¹⁷⁹⁾는 비판이 있다.

또한, 과실범의 공동정범이 성립하기 위해서는 특정한 범죄를 범하겠다는 공동의 실행의사와 함께 공동협력에 의한 실행행위를 통해서 이루어져야 하는데, 여기서 말하는 다리 등을 안전하게 건축되도록 한다는 공동의 목표는 범죄행위와는 아무런 관련이 없는 일상적 목적에 불과한 것이고, 또한 이러한 공동목표가 있다고 해서 그 건축에 참여한 모두가 그 건축물의 하자가 발생 시에 곧바로 주의의무위반이 성립되는 것도 아니라는 비판¹⁸⁰⁾도 제기된다.

행위가 분명하지 아니한 때에는 각 행위자를 미수범으로 처벌하고(독립행위의 경합), 이 독립행위가 경합하여 특히 상해의 경우에는 공동정범의 예에 따라 처단(동시범)하는 것이므로, 상호의사의 연락이 있어 공동정범이 성립한다면, 독립행위경합 등의 문제는 아예 제기될 여지가 없다.”

179) 이승호, 앞의 논문, 163면

180) 허일태, 앞의 논문, 195면 “다리 등을 안전하게 건축되도록 한다는 공동의 목표는 범죄행위와는 아무런 관련이 없는 일상적 목적에 불과한 것이고, 또한 이러한 공동목표가 있다고 해서 그 건축에 참여한 모두가 그 건축물의 하자가 발생시에 곧바로 주의의무위반이 성립되는 것도 아니기 때문이다. 비록 각자 주의의무위반이 존재한다 해도 그런 주의의무위반만으로 과실범의 공동정범으로 처벌된다고 볼 수도 없다. 즉 그 주

이 사건 대법원 판결은 교량이 그 수명을 유지하기 위하여는 여러 관여자들의 주의의무가 준수되어야 한다고 판시하였다. 그런데, 교량을 건설하였는 과정에 관여한 사람들과 건축이 완료된 이후 이를 유지·관리하는 사람들이 부담하는 주의의무는 목적과 성격, 내용과 특징에 있어서 상당한 차이가 있다고 할 것임에도, 이들 사이에 어떠한 연결고리를 통해 주의의무의 공동을 인정하였는지에 대하여 상당한 의문이 있다. 교량의 건축 과정에 관여한 사람들이 부담하는 주의의무 사이에는 밀접한 연관성이 존재한다고 할 것이나, 교량이 이미 완성된 이후 이를 유지·관리하는 사람들의 경우 교량의 건축에 관여한 사람들과의 연결고리를 인정하기 어렵다고 생각한다.

5. 마우나오션 리조트 붕괴 사건

(1) 사실관계

2014년 2월 경주에 소재한 마우나오션 리조트 내 체육관 지붕이 폭설로 쌓인 눈의 무게를 이기지 못하고 무너지면서 강당 안에 있던 대학생 등 10명이 사망하고, 100여명이 부상을 당하게 되었다.

피고인들은 이 사건 리조트 체육관의 설계·감리를 담당한 건축사, 체육관의 설계 과정에서 체육관의 구조안전을 확인하는 업무를 담당한 건축구조기술사, 그리고 체육관을 시공한 회사의 임직원들, 그리고 마우나오션 리조트에서 고객 및 시설 안전관리 업무를 담당한 본부장 및 운영팀장 등이다.

의의무위반은 관여한 자의 형사상 주의의무위반일 수도 있지만, 경우에 따라 행정상의 주의의무위반에 불과한 경우도 있을 수 있기에, 공동의 주의의무위반이라고 말할 수 없다. 설령 공동의 주의의무 위반이 있다하더라도 공동의 범행 목표가 인정되는 것은 아니다.”

사고 이후 확인된 사실에 의하면 이 사건 리조트 체육관은 설계과정에서 구조안전에 필요한 사항이 누락되어 부실한 시공의 원인이 되었고, 시공과정에서도 패널과 중도리의 부실한 결합, 저장도 부재 사용 등 의 문제가 발견되었으며 공사 과정에 대하여 형식적인 감리만 이루어졌다. 또한, 리조트 측은 폭설로 인하여 체육관 지붕에 상당한 무게의 눈이 쌓이고 있었음에도 제설작업이나 출입제한 조치를 하지 않았다. 그 결과 체육관의 지붕이 붕괴되면서 강당 안에 있던 사람들이 고립되고, 많은 사람들이 죽거나 다치게 되었다.

(2) 법원의 판단

검사는 건축사, 건축구조기술사, 시공회사의 임직원들, 그리고 마우나오션 리조트의 담당자들을 모두 업무상과실치사상죄 등의 공동정범으로 기소하였고, 제1심은 피고인 모두에 대하여 공동정범 관계를 인정하며 유죄를 선고하였다.¹⁸¹⁾ 특이하게도 제1심은 ‘공동의 목표 아래 각자 분업적으로 역할을 수행하는 가운데 각자의 주의의무 위반행위가 결과 발생에 본질적으로 기여하였다면 발생한 전체 결과에 대한 책임을 져야 한다’고 판시하여 주의의무 위반과 결과 발생 사이의 본질적 기여를 요구하였다. 즉, 공동정범관계가 성립하기 위하여는 주의의무 상호간의 연결고리 이외에도 주의의무 위반과 결과 발생 사이의 연관성이 필요하다는 것이다.

이 사건처럼 건축물의 설계, 시공, 유지관리 단계에서 과실이 겹쳐 건물이 붕괴한 이른바 과실범의 공동정범이 성립하는 경우에는 공동의 목표 아래 각자 분업적으로 역할을 수행하는 가운데 각자의 주의의무 위반행위가 결과 발생에 본질적으로 기여하였다면 그에 따라 발생한 전체 결과에 대하여 공동책임을 져야 하므로, 위 피고인들의 주장과 같이 ‘주골조에 SM490을 썼던

181) 대구지방법원 경주지원 2014. 9. 5. 선고 2014고합23 판결 참조. 제1심 판결의 법령의 적용 부분에는 피고인들에 대하여 형법 제268조만이 기재되어 있을 뿐 공동정범에 관한 제30조가 기재되어 있지 아니하나, 본문의 설시 내용, 그리고 항소심 판결의 법령의 적용 부분에 제30조가 추가되어 있는 점 등에 비추어 피고인들을 모두 공동정범으로 의율하였으나 제30조의 기재를 누락한 것으로 보인다.

라도 중도리와 패널이 미결합된 이상 여전히 건물은 붕괴되었을 것'이라는 단순명제만으로는 저강도 강재의 사용과 이 사건 사고 사이의 인과관계를 부인할 수 없다. 따라서 위 피고인들의 위 주장도 받아들이지 않는다.

한편, 항소심은 성수대교 판결 등에서 실시된 법리에 따라 피고인들의 과실이 합쳐져 건물이 붕괴되었으므로 각자 자신에게 전혀 과실이 없다거나, 결과의 원인이 되지 않았다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 공동책임을 부담한다고 실시하며 피고인들에게 공동정범 관계를 인정하였다.¹⁸²⁾

건물이 그 수명을 유지하기 위해서는 안전성이 확보된 설계, 설계에 부합하는 시공, 완공 후의 철저한 유지관리라는 조건이 합쳐되어야 하므로, 위 각 단계에서의 과실 그것만으로 붕괴원인이 되지 못한다고 하더라도, 그것이 합쳐지면 건물이 붕괴될 수 있다는 점은 쉽게 예상할 수 있고, 따라서 위 각 단계에 관여한 자는 전혀 과실이 없다거나 과실이 있다고 하여도 건물 붕괴의 원인이 되지 않았다는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 붕괴에 대한 공동책임을 면할 수 없다(대법원 1996. 8. 23. 선고 96도1231 판결, 대법원 1997. 11. 28. 선고 97도1740 판결 등 참조).

피고인들이 항소심 판결에 대하여 상고하였으나, 대법원은 원심 판결에 위법이 없다고 하여 피고인들의 상고를 기각하였다.¹⁸³⁾

(3) 검토

이 사건에서 항소심 법원은 건물의 설계, 시공, 유지관리의 여러 단계에서 과실이 합쳐져 건물이 붕괴한 경우, 각 단계에 관여한 자는 본인에게 과실이 없다거나 결과의 원인이 되지 않았다는 특별한 사정이 없는 이상 결과에 대한 공동책임을 부담한다는 일반 법리를 원용하였는데, 이는 아래 제5장에서 살펴보듯이 인과관계입증을 사실상 피고인에게 전가하는 것처럼 오인될 가능성이 있다고 할 것이다.

182) 대구고등법원 2015. 4. 2. 선고 2014노517 판결

183) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015도5512 판결

또한, 이 사건에서 리조트 체육관의 설계, 시공, 감리 과정에 관여한 피고인들의 경우 체육관의 건축이라는 동일한 목표 아래 주의의무가 매우 밀접하게 연관되어 있으나, 체육관을 유지·관리하는 리조트 측 피고인들의 경우 체육관의 설계 및 시공에 관여한 피고인들과는 공동의 연결고리를 인정하기 어렵다.

향소심에서 실시한 ‘건물의 수명 유지’는 그 의미가 추상적이고 매우 광범위하여 다수의 주의의무를 연결지을 수 있는 표지가 될 수 없기 때문이다. 따라서, 리조트의 본부장, 운영팀장 등의 경우 위 체육관의 설계 및 시공을 담당한 피고인들과는 공동정범으로 의율할 수 없고, 별도의 정범으로 의율하여 범죄의 성립여부를 개별적으로 판단하는 것이 타당하다고 생각한다.

6. 방화대교 교량상판 붕괴 사건

(1) 사실관계

2013년 7월 30일 서울 강서구 방화대교 남단방화대교 교량확장 공사현장에서 콘크리트 상판이 무너져 내려 현장에서 일하던 근로자 2명이 사망하고 1명이 다쳤다.

이 사건 확장교량에 대한 설계내용과 실제 시공내역을 비교한 결과, 시공상의 오차가 허용범위를 넘는 것으로 확인되었다.¹⁸⁴⁾ 또한, 설계사 甲은 시공 과정에서 인근 구조물에 대한 측량·검측을 제대로 하지 않고 안전성 검토를 누락하였고, A시공사의 현장대리인, 공사과장, 시공사로부터 콘크리트 구조물 공사를 하도급받은 B하청업체의 현장대리인, 하청업체의

184) 상부 슬래브는 설계에 대비하여 약 82-90mm 작게 시공되었고 방호벽 방향으로 약 55mm 편기되었으며, 상부슬래브에 시공된 콘크리트는 설계에 비해 14톤 가량 적었다. 반면, 방호벽은 설계에 대비하여 0.029m² 크게 시공되었고 방호벽에 시공된 콘크리트는 설계에 비해 6.65톤 가량 많았다.

공무과장 등은 설계도를 무시하고 편의적으로 기존 교량의 상태에 맞추어 시공하는 바람에 그 슬래브 두께가 얇게 시공되었고, 방호벽의 규격을 설계도면보다 크게 시공하고 설치위치도 임의로 변경하였다.

한편, 이 사건 공사의 감리를 담당한 감리자들은 검측을 게을리 하여 시공사에서 슬래브의 두께가 얇게 시공되었음에도 불구하고 이를 그대로 승인하고, 방호벽도 설계도면보다 크게 시공하였음에도 설계도면과의 일치여부를 확인하지 아니한 채 그대로 승인하였다.

검사는 위 사고의 관련하여 설계사 甲, A시공사 현장대리인과 B하청업체 현장대리인, 감리단 직원 등에 대하여 업무상과실치사상 등의 공동정범으로 기소하였다.

(2) 법원의 판단

제1심과 항소심 법원은 이 사건 사고가 피고인들의 과실이 겹쳐 발생하였다고 판단하고, 이들이 모두 업무상과실치사상죄의 공동정범관계에 있다고 보아 유죄를 선고하였다.

한편, 항소심법원은 설계사의 공동정범 인정여부에 관하여 판단하면서 ‘교량의 설계, 시공, 감리 단계에서 과실이 겹쳐 교량이 붕괴한 경우 과실범의 공동정범이 성립한다’는 전제 하에 피고인에게 공동정범 관계가 인정되는지 여부를 검토하였다. 또한, 앞서 살펴본 ‘마우나 오션리조트 붕괴 사건’의 제1심 판결과 같이 행위자들이 공동의 목표 아래 각자 분업적으로 역할을 수행하는 가운데 각자의 주의의무 위반행위가 결과발생에 본질적으로 기여하였다면 발생한 전체 결과에 대하여 공동책임을 져야 할 것이라고 판단하여 공동정범이 성립하기 위하여는 행위자의 주의의무 위반이 결과에 본질적으로 기여하였음이 인정되어야 한다고 판시하였다.¹⁸⁵⁾

185) 서울남부지방법원 2017. 11. 16. 선고 2016노1448 판결

이 사건과 같이 교량의 설계, 시공, 감리 단계에서 과실이 겹쳐 교량이 붕괴한 이른바 과실범의 공동정범이 성립하는 경우에는 공동의 목표 아래 각자 분업적으로 역할을 수행하는 가운데 각자의 주의의무 위반행위가 결과발생에 본질적으로 기여하였다면 그에 따라 발생한 전체 결과에 대하여 공동책임을 져야 할 것이다.

이때 주의의무 위반행위가 결과발생에 본질적으로 기여하였다는 의미가 무엇인지에 대하여는 명확하지 않으나, 주의의무 위반과 결과 발생 사이에 밀접한 연관관계가 필요하다는 것을 의미하는 것으로 보인다.

한편, 항소심 법원은 피고인들에 대한 양형을 정함에 있어 개별 피고인들의 과실의 정도를 고려하여 아래와 같이 판시하였다. 공동정범 관계에 있는 개별 피고인들 사이에 존재하는 과실의 정도를 양형의 요소로 고려한 것이다.

피고인들 중 시공을 책임지고 담당한 시공업체의 현장대리인 및 과장의 과실이 가장 크고, 책임감리를 담당한 감리자들의 과실이 그 다음이며, 설계를 담당한 설계자의 과실 역시 이 사건 사고에 기여한 정도가 결코 가볍지 아니하고, 하청업체의 현장대리인 공무과장의 경우 하수급자의 위치에서 하도급자의 통제 아래 구체적인 시공행위를 담당한 것으로서 그 과실의 정도가 상대적으로 가장 가볍다.

위와 같은 항소심 판결에 대하여 검사와 피고인들 쌍방이 상고하였으나 대법원은 원심의 판단에 과실범의 공동정범에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다고 보아 상고를 모두 기각하였다.¹⁸⁶⁾

(3) 검토

교량의 설계, 시공, 감리 단계에 참여한 당사자들에게 공동의 주의의무가 부과될 것인지 여부는 개별 공사의 목적, 구체적인 내용, 절차, 방법

186) 대법원 2018. 5. 15 선고 2017도20472 판결

등에 따라 결정될 것임에도 불구하고 이 사건에서 법원은 피고인들이 설계, 시공, 감리에 참여하였다는 것만으로 공동정범의 관계가 인정된다고 단정하였다.

건축물의 설계, 시공, 감리 단계에 관여한 여러 사람들의 경우 주의의무가 상호 보충적, 연대적 성격을 띠 수 있는 여지가 있는 것일 뿐, 이러한 각 단계에 관여하였다는 사실만으로 당연히 피고인들에게 공동정범 관계가 성립하는 것은 아니라고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 이 사건 판결은 공동정범 성립에 관하여 구체적인 논증나 검토없이 피고인들 사이의 공동정범관계를 손쉽게 인정해 버린 것은 아닌지 의문이 있다.

다만, 이 사건 항소심 법원이 피고인들의 주의의무 위반행위가 결과발생에 본질적으로 기여하였을 것을 요구한 점은 과실범의 공동정범 성립요건 판단에 있어 참고할 만한 설시라고 생각한다.

제 4 절 제조물 하자에 관한 사례

현대 산업사회에서 조그만 물건을 생산하는 일에서부터 거대한 설비를 제작하는 일이나, 또한 생산이나 제작된 제품을 판매하거나 유통시키는 일, 제품을 사용하거나 제조물을 관리하거나 보수 또는 유지하는 일들은 사회활동의 기본 모습이다. 이와 같은 사회활동의 과정에서 생산 또는 유통된 제조물¹⁸⁷⁾에 흠결이 존재할 가능성은 언제든지 있으며, 그 흠결로 인하여 법익침해가 발생하는 일 역시 불가피한 현상일 것이다.¹⁸⁸⁾

자동차 급발진으로 인한 사고, 의약품 복용 후 부작용으로 사망에 이른 사건¹⁸⁹⁾ 등 제조물과 관련하여 다양한 유형의 사고들이 발생하고 있으며 이로 인한 피해도 점점 확대되고 있다. 제조물로 인한 사고는 피해의 태 양이 다양하여 사전에 예상하기가 어렵고, 제조물의 대량판매에 따라 피해의 대상도 매우 광범위해질 위험이 있다. 또한, 피해가 오랜 시간 누적 되어 뒤늦게 발견되는 경우도 있으며 제조물을 제조·판매할 당시에는 문제가 발견되지 않았던 제품이 위험성 및 위해성을 검사하는 기술력의 발전으로 사후적으로 문제가 발견될 가능성도 있다.

제조물 결함에 따른 책임에 관하여 민사적으로는 기존에 판례를 통해 인정되어 온 제조물 결함의 존재 및 인과관계 증명책임을 완화하는 법 리¹⁹⁰⁾가 2000. 1. 제조물책임법으로 성문화되었다. 이를 통해 제조물을 구

187) 제조물책임법 제2조 제1호 “제조물이란 제조되거나 가공된 동산(다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한다)을 말한다”

188) 전지연, “형법적 제조물책임에서 주의의무위반과 신뢰의 원칙”, 법학연구 17권 4호, 연세대학교 법학연구원 1-29, 2007, 1면

189) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다52287 판결은 피고 제약회사가 제조·공급한 일반의약품인 감기약 ‘콘택 600’을 복용한 사람이 출혈성 뇌졸중으로 사망한 사건에 관한 판결이다. 연구결과와 각국의 조치 등을 종합하여 볼 때, 피고 제약회사가 대체설계를 채용하지 않았다 해도 제조 및 공급 당시의 기술 수준과 경제성 등에 비추어 볼 때 결함이 있다고 볼 수 없다고 판단하였다.

190) 대법원 2000. 2. 25. 선고 98다15934 판결은 고도의 기술이 집약되어 대량생산되는 제품에서 일반 소비자가 결함의 존재와 인과관계를 완벽히 증명한다는 것은 지극히 어려

입하여 사용하는 소비자들이 소송과정에서 제조물의 결함과 제조물의 결함으로 인한 피해를 입증하는 것이 상당히 용이하게 되었고, 피해회복 또한 비교적 수월해졌다.

제조물 결함으로 인한 형사적 이슈는 현재까지는 크게 문제되고 있지 않으나, 이와 관련하여 상당수의 연구가 이미 진행되었고¹⁹¹⁾, 앞으로는 더욱 연구가 필요한 부분이라고 생각한다. 사회의 복잡 다변화로 인하여 다양한 종류의 제조물들이 등장하고, 제품을 처음 개발한 사람부터 이를 실제로 제조한 제조업자 또는 회사의 임직원들, 제품의 사용을 허가하거나 안전성 검증을 담당한 감독 공무원, 제조물을 소비자에게 판매하고 유통한 판매 및 유통업자 등 다양한 단계에서 여러 사람들의 주의의무 준수가 요구된다. 이러한 측면에서 과실범의 공동정범이 문제가 될 소지도 상당하다. 이하에서 제조물 결함으로 인하여 여러 과실행위자의 책임이 문제가 된 대표적인 사례를 살펴 보도록 하겠다.

1. 크림빵 사건¹⁹²⁾

(1) 사실관계

甲은 A식품회사의 대표이사이고 乙은 A회사의 공장장이다. A회사는 서울 시내 초등학교에 아동급식용 크림빵 공급을 하게 되었는데, 아이들에게 크림빵을 제공하면서 먼저 제조한 빵을 먼저 배식하도록 하는 이른바 선

우므로, 증명책임을 완화하는 것이 타당하다고 하면서, ① 제품이 정상적으로 사용하는 상태에서 사고가 발생한 경우, 소비자가 ② 그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생한 것임과, ③ 그 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다고 하는 것임을 증명하면, 제조업자가 그 사고가 제품의 결함이 아닌 다른 원인으로 말미암아 발생한 것임을 증명하지 못하는 이상, 결함과 인과관계가 추정된다고 하였다.

191) 전지연, 앞의 논문, 293면

192) 2018년에도 급식으로 학생들에게 제공된 케이크가 부패하여 2,200여명의 아이들이 식중독에 걸린 사고가 발생하기도 하였다. 검사는 초코케이크를 제조한 A 업체와 초코케이크의 원료가 되는 난백액을 제공한 B 업체의 임직원에게 대하여 축산물위생관리법위반 및 식품위생법위반 혐의로 기소하였고, 대법원은 이들에 대한 실형을 확정하였다(2019. 12. 13. 선고 2019도15679 판결).

입선출의 원칙을 어기고 먼저 제조한 빵을 나중에 배식하였다. 그 결과 수 천 명의 아동이 식중독에 걸려 다수의 아이들이 사망하였다¹⁹³⁾.

검사는 대표이사 甲과 공장장 乙을 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 기소하였다.

(2) 대법원의 판단

대법원은 과실행위자들 사이에 의사연락이 있을 경우 과실범의 공동정범이 성립한다는 법리에 따라, 이 사건에서 甲과 乙 사이에 의사연락 하에 과실을 저질러 범죄가 되는 결과가 발생하였다고 보아 업무상과실치사상죄의 공동정범 성립을 긍정하였다.¹⁹⁴⁾

1심 및 원심이 인용한 1심 판결 거시의 증거에 의하면 피고인에 대한 1심 판시 범죄사실이 적법히 인정되며 그 판시와 같은 과실과 본건 피해자들의 사상이란 결과 간에는 상당인과관계가 있다고 할 것이며 위 판시사실에 의하면 피고인은 상피고인들과 그 판시와 같이 그 의사연락 아래 그와 같은 과실을 저질러 그와 같은 범죄되는 결과를 발생케 한 것이니 여기에는 과실범의 공동정범이 성립(당원 1962.3.29. 선고 4294형상598 판결 참조)된다 할 것이어서 그와 같은 1심 판결을 유지한 위 원판결에 업무상과실치사상죄에 있어서의 과실과 상당인과관계에 관한 법리를 오해하거나 공동정범에 관한 법리를 오해하여 법률적용을 잘못된 위법이 없고 소론 당원판결은 본건에 적절한 것이 되지 못하므로 논지는 이유없다.

(3) 검토

위 사건에서 대법원은 공장장과 대표이사가 무엇을 공동으로 수행하였는지에 대하여 구체적으로 설명하지 아니하고 상호 간에 “의사연락 아래

193) A회사가 공급한 크림빵 속 슈크림에서 포도상구균이 검출되었고, A회사는 크림 빵(계란과 우유 성분 포함)을 섭씨 25도의 상온에서 50시간 이상 놔뒀다가 화물트럭 짐칸에 실어 수송하였다는 점이 밝혀졌다.

194) 대법원 1978. 9. 26. 선고 78도2082 판결

그와 같은 과실을 저질러 그와 같은 범죄되는 결과를 발생케 했다고만 판시하였다. 이에 대하여 대표이사 甲은 기업법상의 주의의무 위반을 했고, 乙은 식품위생법상의 주의의무위반을 한 것으로 이들 각각의 주의의무위반은 두 개의 독립된 과실행위이지, 의사연락에 기한 하나의 공동의 과실행위일 수 없다는 비판이 있다.¹⁹⁵⁾

이 사건의 공장장과 대표이사의 개별 과실은 모두 크림빵의 제조라는 동일영역의 작업과정에 관련된 것이어서 그들 간의 과실공동은 큰 무리없이 인정될 수 있다는 견해¹⁹⁶⁾도 있다. 하나의 기업에서 크림빵 제조라는 업무를 수행하는 과정에서 발생한 문제라는 점에서, 피고인들 사이에 공동정범 관계는 무리없이 인정된다고 생각한다.

2. 가습기 살균제 피해사건

(1) 사건의 배경

가습기살균제(세정제)를 사용한 소비자들에게 폐손상증후군 등의 증상이 발생하여 수 백명의 피해자가 사망에 이르거나 폐질환 등 심각한 피해를 입게 된 비극적인 사고가 발생하였다.

옥시, 홈플러스, 롯데마트 등 기업들은 가습기의 살균과 세정이 가능한 가습기 살균제 제품을 새롭게 제조하여 시장에 판매하였다. 가습기살균제 제품은 세척과 세정이 어려운 가습기의 특성을 고려할 때 손쉬운 세척이 가능하다는 장점으로 많은 인기를 얻었다. 이 사건이 더욱 비극적인 측면은 피해자들이 건강을 위해 구입하여 사용한 가습기 살균제가 오히려 그들의 건강에 치명적인 위해를 야기하였다는 점이다. 피해자의 대부분이 영유아, 아동, 그리고 임산부와 노인들이라는 측면 역시 이 사건이 초래한 비극의 안타까

195) 허일태, 앞의 논문, 52면 참고

196) 이승호, 앞의 논문 164면

움을 극대화시킨다. 현대산업사회에서 수많은 물건들이 새롭게 제조·판매되면서 이 중 어떤 물건은 인류의 삶에 상당한 기여를 함에 반하여, 어떤 제품들은 치명적인 결과를 초래할 수 있다는 사실을 다시 한 번 깨닫게 해주게 된 사건이다.

국내에서 판매된 가습기 살균제 제품의 원료가 되는 화학물질은 옥시, 세퓨, 홉플러스, 롯데마트 등에서 제조·판매한 가습기살균제 제품의 원료로 사용된 화학물질 PHMG/PGH¹⁹⁷⁾와 SK케미칼, 애경산업, 이마트 등에서 제조·판매한 가습기살균제 제품의 원료로 사용된 화학물질인 CMIT/MIT¹⁹⁸⁾로 크게 분류할 수 있다. 이 중 PHMG/PGH를 원료물질로 가습기살균제 제품을 출시한 기업들의 경우 위해성이 비교적 이른 시일에 확인되어¹⁹⁹⁾, 해당 기업의 임원들에 관한 형사사건이 2018년경 대법원 판결을 통하여 확정되었다. 이에 반하여 CMIT/MIT를 원료로 사용한 가습기 살균제 제품을 제조·판매한 기업들의 경우 해당 원료물질의 위해성 여부에 관하여 현재까지도 다툼이 계속 중이며 이들 기업의 임직원들에 대한 공소가 2019년에서야 제기되어 현재 제1심 재판이 계속 중이다.²⁰⁰⁾

이하에서는 이미 대법원 판결로 확정된 PHMG/PGH를 원료물질로 하여 가습기살균제 제품을 제조·판매한 회사들의 임직원에게 문제된 업무상과실치사상사건에 관하여 검토하도록 하겠다.²⁰¹⁾ 이 사건에서 과실범의 공동

197) Polyhexamethyleneguanidine-phosphate/Polyoxyalkyleneguanidine-hydrochloride

198) Chloromethylisothiazolinone/Methylisothiazolinone

199) 질병관리본부는 2012. 2. 3. 가습기살균제 제품의 위해성 여부에 관한 동물흡입실험 결과를 발표하며 PHMG/PGH를 원료물질로 하는 가습기살균제 제품(옥시, 홉플러스 등)이 피해자들의 원인미상 폐질환의 원인임을 확인하였다. 이와 달리 CMIT/MIT를 원료물질로 하는 가습기살균제 제품(SK, 애경, 이마트 등)의 경우 폐섬유화 소견이 발견되지 않는다고 판정하였고, 제품수거명령도 내려지지 않았다(질병관리본부 2012. 2. 3.자 보도자료 참고).

200) CMIT/MIT를 사용한 가습기살균제 제품을 제조 또는 판매한 SK케미칼, 애경산업, 이마트에 대한 사건에 관하여는 아래 제6장에서 후술하도록 하겠다.

201) PHMG/PGH를 원료물질로 하여 가습기살균제 제품을 제조한 회사들에 관한 사건도 크게 옥시 임직원들에 대한 사건과 홉플러스, 롯데마트 임직원들에 대한 사건으로 구분되나 이들에 대한 공소사실 내용이 중복되고 이들이 모두 공동정범으로 기소되어 처단되었기 때문에 이하에서는 함께 검토하도록 하겠다. 참고로 홉플러스와 롯데마트는 옥시에서 이미 시중에 판매하고 있던 가습기살균제 제품을 벤치마킹하여 옥시 제품과

정범과 관련하여 문제가 된 것은 피해자들 중 상당수가 여러 회사의 가습기살균제 제품을 중복 사용하여 사망 또는 상해의 피해를 입게 되면서, 피해자들이 이 중 어떤 회사의 가습기살균제 제품으로 인하여 신체적 피해를 입게 된 것인지가 명확하지 않게 되자 검사가 서로 다른 회사의 임직원들을 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 기소하였기 때문이다.

(2) 제1심의 판단²⁰²⁾

검사는 가습기살균제 제품을 출시·판매한 옥시, 세퓨, 홈플러스, 롯데마트의 임직원들과, 위 회사들로부터 가습기살균제 제품의 제조를 도급받아 실제 제품을 제조한 업체의 대표이사, 그리고 PHMG 등 화학원료를 유통·공급한 회사의 대표이사에 대하여, 이들이 업무상 과실로 하자 있는 가습기살균제 제품을 제조·판매한 결과, 수 개의 가습기살균제 제품을 중복하여 사용한 피해자들에게 폐손상을 야기하여 사상에 이르게 하였다고 보아 이들을 모두 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 기소하였다.

제1심은 제조업자들인 피고인들의 공동정범 성립여부에 관하여 현대 산업사회에서는 경쟁관계에 있는 복수의 제조업자가 동일한 형태의 제품을 제조·판매하고 소비자가 이를 사용하는 것이 당연히 예정되어 있으므로, 복수의 제조업자들 사이에는 제품을 소비자들에게 공동으로 제조·판매한다는 인식이 있다고 볼 수 있으므로, 이러한 공동의 인식 하에 업무상 과실로 결함 있는 가습기살균제를 제조·판매한 이상 피고인들은 업무상과실치사상죄의 공동정범에 해당한다고 판단하였다.²⁰³⁾

동일한 성분의 가습기살균제 제품을 제조하여 판매하였다.

202) 서울중앙지방법원 2017. 1. 6. 선고 2016고합527, 575(병합), 683(분리)(병합), 1076-1(분리)(병합) 판결과 서울중앙지방법원 2017. 1. 6. 선고 2016고합623, 683-1(분리)(병합), 1076(분리)(병합) 판결 내용을 축약 정리하였다.

203) 한편, 제1심은 옥시의 대표이사 및 화학물질을 공급한 유통회사 대표이사에 대하여는 구체적 주의의무 위반(과실)이 인정되지 않는다고 판단하여 무죄를 선고하였다.

두 종류 이상의 가습기살균제를 사용한 피해자들에 대한 공동정범 성립
피해자들 중 일부는 결함이 있는 상태로 제조·판매된 이 사건 각 가습기살
균제 및 옥시싹싹가습기당번 중 두 종류 이상을 중복하여 사용한 결과 각각
의 가습기살균제에 포함된 PHMG의 반복적인 흡입으로 인하여 독성반응이
지속적으로 폐에 누적됨에 따라 결국 가습기살균제로 인한 폐손상이 발생하
여 사상에 이르는 피해를 입었다.

대량 생산과 대량 소비를 특징으로 하는 현대 산업사회에서는 경쟁관계에
있는 복수의 제조업자가 동일한 형태의 제품을 제조·판매하고 소비자가 시
중에 유통되는 여러 종류의 제품들을 사용하는 것이 당연히 예정되어 있다.
위 피해자들의 경우에도 동일한 성분·함량의 이 사건 각 가습기살균제 및
옥시싹싹가습기당번이 각 제조·판매되어 시중에 유통되고 있는 상황에서
그 중 수개의 제품을 구매하여 사용하였다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 피고
인들로서는 이 사건 각 가습기살균제 및 옥시싹싹가습기당번을 소비자들에
게 공동으로 제조·판매한다는 점을 인식하고 있었다고 보아야 한다.

따라서 피고인들이 위와 같은 공동의 인식 하에 업무상 과실로 결함 있는 이
사건 각 가습기살균제 및 옥시싹싹가습기당번을 제조·판매하였고, 그 결함
으로 인하여 위 제품들 중 두 종류의 이상의 가습기살균제를 사용한 피해자
들에게 가습기살균제로 인한 폐손상에 의한 사상 결과가 발생한 이상, 피고
인들에게 위 피해자들에 대한 업무상과실치사상죄의 공동정범이 성립한다고
할 것이다.

(3) 항소심의 판단²⁰⁴⁾

항소심 또한 제1심의 판단과 기본적으로 동일한 입장에서 가습기 살균
제를 제조·판매한 회사들의 임직원들에 대하여 업무상과실치사상죄의 공
동정범관계가 성립한다고 판단하였다. 다만, 제1심이 피고인들 사이에 공
동의 인식이 있음을 공동정범 성립의 근거로 제시한 것에 더하여 항소심
재판부는 피고인들에게 가습기살균제를 사용하는 소비자의 생명·신체에

204) 서울고등법원 2017. 7. 26. 선고 2017노242 판결 및 서울고등법원 2017. 8. 17. 선고 2017노243 판결

대한 위험을 방지하기 위하여 원료물질의 안전성을 철저히 검증하고 가습기살균제에 존재하는 결함으로 발생할 가능성이 있는 위험을 제거·최소화하여야 할 ‘공동의 주의의무’를 부담한다고 판단하였다.

또한, 항소심 법원은 홈플러스 및 롯데마트 임직원들이 옥시의 전현직 임직원들과 공동정범 관계에 있다는 근거로 홈플러스 및 롯데마트 임직원들이 옥시의 가습기살균제 제품을 벤치마킹하여 가습기 살균제를 제조·판매하였다는 점을 언급하였다.

두 종류 이상의 가습기 살균제를 사용한 피해자들에 대한 공동정범의 성립
가) PHMG 또는 PGH를 원료물질로 하는 가습기살균제의 개발·제조·판매에
관여한 피고인들(옥시의 임직원이나 임직원이었던 자들, 옥시에 가습기
살균제를 제조하여 납품한 한빛산업의 대표이사, 홈플러스와 롯데마트의 임
직원, 롯데마트 가습기살균제에 대한 품질을 검사하고 보증하는 QA 업무를
담당한 데이몬의 직원, 홈플러스와 롯데마트에 가습기살균제를 제조하여 납
품한 용마산업사의 대표자들)은 가습기살균제를 사용하는 소비자의 생명·
신체에 대한 위험을 방지하기 위하여 원료물질의 안전성을 철저히 검증하
고, 가습기살균제에 존재하는 결함으로 발생할 가능성이 있는 위험을 제거
· 최소화하여야 할 공동의 주의의무를 부담한다.

이 사건 피해자들 중 일부는 결함이 있는 상태로 제조·판매된 이 사건 각
가습기살균제 중 두 종류 이상을 중복하여 사용한 결과 각 가습기 살균제에
포함된 PHMG의 반복적인 흡입으로 폐에 손상이 발생하여 사망하거나 상해
를 입었고, 위 피해자들의 사망 또는 상해라는 결과는 피고인들의 업무상과
실이 합쳐져서 발생한 것이다.

대량 생산과 대량 소비를 특징으로 하는 현대 산업사회에서는 경쟁관계에
있는 복수의 제조업자가 동일한 유형의 제품을 제조·판매하고 소비자가 시
중에 유통되는 여러 종류의 제품들을 사용하는 것이 당연히 예정되어 있으
므로, 피고인들로서는 위 각 가습기살균제를 소비자들에게 공동으로 제조·
판매한다는 인식이 있었다고 보아야 한다(더구나 이 사건 피고인들²⁰⁵)은 앞

205) 홈플러스, 롯데마트 전현직 임직원들 및 홈플러스 롯데마트에 가습기살균제를 제조·

서 본 바와 같이 기존의 옥시싹싹 가습기당번 제품을 그대로 벤치마킹하여 이 사건 각 가습기살균제를 제조, 판매하였다).

이러한 점에 비추어 볼 때, 이 사건 피고인들은 공동의 주의의무와 인식하에 업무상과실로 결함 있는 각 가습기살균제를 각 제조·판매하였고, 그 결함으로 그중 두 종류 이상의 가습기살균제를 사용한 피해자들에게 사망 또는 상해의 결과가 발생한 이상, 이 사건 피고인들 중 특정 피해자가 중복 사용한 가습기 살균제들의 제조·판매에 관하여 업무상과실이 있는 사람들 간에는 해당 피해자에 대한 업무상과실치사상죄이 공동정범이 성립한다.

따라서 두 종류 이상의 가습기살균제를 사용한 피해자들에 대한 공동정범의 성립을 인정한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 위 피고인들이 주장하는 것과 같은 법리오해의 잘못이 없다.

(4) 대법원의 판단

대법원은 항소심 법원의 판단에 공동정범 성립에 관한 법리를 오해한 위법이 없다고 판단하여, 피고인들 사이에 공동정범관계를 긍정한 항소심 법원의 판단이 최종 확정되었다.²⁰⁶⁾

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어, PHMG 등을 원료물질로 하는 가습기살균제의 개발·제조·판매에 관여한 피고인들과 홈플러스의 임직원인 피고인들 롯데마트의 가습기살균제에 대한 품질을 검사하고 보증하는 품질보증 업무를 담당한 데이몬의 직원인 피고인, 용마산업사의 대표자로서 홈플러스와 롯데마트에 가습기살균제를 제조하여 납품한 피고인은 공동의 주의의무와 인식 아래 업무상과실로 결함있는 가습기살균제를 각각 제조·판매하였고, 그 결함으로 그 중 두 종류 이상의 가습기살균제를 사용한 피해자들에게 사망 또는 상해의 결과가 발생하였으므로, 위 피고인들 중 특정 피해자가 중복 사용한 가습기살균제들의 제조·판매에 관하여 업무상과실이 있는 사람들

납품한 업체의 대표이사이다.

206) 대법원 2018. 1. 25. 선고 2017도13628 판결 및 대법원 2018. 1. 25. 선고 2017도12537 판결

간에는 해당 피해자에 대한 업무상과실치사상죄의 공동정범이 성립한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 과실범의 공동정범 성립에 관한 법리를 오해하거나 대법원판례의 위반의 위법이 없다.

(5) 검토

이 사건에서 법원은 개별 과실행위자들 사이에 ‘공동의 주의의무’와 ‘공동의 인식’이 존재하였음을 근거로 2종류 이상의 가습기살균제를 사용한 결과 상해 또는 사망의 결과에 이르게 된 피해자들에 대하여 과실행위자들이 업무상과실치사상죄의 공동정범 관계가 성립한다고 판단하였다. 또한, 법원은 피고인들에게 공동의 주의의무와 공동의 인식이 존재하는 근거로 대량 생산과 대량 소비를 특징으로 하는 현대 산업사회에서 경쟁관계에 있는 복수의 제조업자가 동일한 유형의 제품을 제조·판매하였고, 소비자들 역시 소비자가 시중에 유통되는 여러 종류의 제품들을 사용하는 것이 당연히 예정되어 있다는 점을 언급하였다.

그런데, 이러한 법원의 판단은 과실범의 공동정범 성립요건을 형해화(形骸化)하고, 공동정범 성립범위를 지나치게 확장한 문제가 있다고 생각한다. 이 사건에서 법원은 서로 다른 독립된 회사에 근무하는 임직원들의 경우에도 같은 종류의 제품을 제조하여 시장에 판매하였다는 사실만으로 업무상과실치사상죄의 구성요건이 되는 공동의 주의의무를 부담한다거나 공동의 인식을 가지고 있다는 해석하였다. 법원이 제시한 이러한 판단 기준은 지나치게 포괄적이고, 광범위하여 행위자들을 공동(共同)으로 연결짓는 기준이 될 수 없다고 생각한다.

만약, A라는 동일한 회사 내에서 여러 임직원들이 제품을 출시하는 과정에서 본인들에게 주어진 주의의무를 위반하여 의사결정을 하였고, 그 결과 결함있는 제품이 출시되어 소비자들의 건강에 피해가 발생하였다면 위 회사의 임직원들 사이에 공동의 주의의무 위반과 공동의 인식이 존재한다고 볼 여지가 있다.²⁰⁷⁾

그러나, 서로 다른 독립된 회사의 임직원들이 오직 같은 종류의 하자있는 제품을 제조하여 판매하였다는 이유만으로 이들 사이에 공동의 주의의무와 공동의 인식이 존재한다고 판단하는 것은 납득하기가 어렵다. 항소심 법원은 서로 다른 회사가 동일한 제품을 벤치마킹하여 제조·판매하였다는 점을 이들 사이에 공동의 주의의무와 인식이 있다는 근거로 부연하여 설명하였으나, 그러한 사실만으로는 공동의 관계를 인정하기에 부족하다.

만약, 판례의 입장과 같이 서로 다른 회사임에도 불구하고 공동의 주의의무와 인식이 인정된다고 보기 위하여는 단순히 제품의 출시과정에서 벤치마킹을 한 것에 더하여 서로 다른 회사의 임직원들 사이에서 구체적으로 제품의 제조방법, 원료물질, 특성 및 기능 등 구체적인 사항이 공유 및 논의되는 경우에 해당되어야 할 것이다.

단순히 대량 생산과 대량 소비를 특징으로 하는 현대 산업사회에서는 경쟁관계에 있는 복수의 제조업자가 동일한 유형의 제품을 제조·판매하고 소비자가 시중에 유통되는 여러 종류의 제품들을 사용하는 것이 당연히 예정되어 있다는 점이 복수의 제조업자들에게 공동의 주의의무와 공동의 인식의 근거가 되는 이유를 이해하기 어렵다. 또한, 판례의 논리에 의하면 동일한 성분이 포함된 건강기능식품을 제조하여 판매하는 여러 회사들

207) 가령, 위험한 제품을 제조한 회사의 경우 제품의 안전성을 검증하는 업무를 담당한 실무자 A와, 안전성 검증을 포함하여 제품의 출시 과정에서 실무를 총괄한 임원 B, 그리고 제품의 출시 및 제조·판매 업무를 총괄하며 제품의 판매와 회수에 관한 의사결정을 내리는 임원 C가 있다고 할 경우, A,B,C에게 구체적 주의의무 위반이 존재할 경우 이들 사이에는 과실범의 공동정범의 성립요건으로서 공동의 주의의무와 공동의 인식이 인정될 수 있을 것이다. 앞서 살펴본 독일의 피렉스스프레이 사건에서 연방대법원의 판시도 같은 취지로 볼 수 있다.

사이에서도, 사후적으로 해당 성분이 인체에 유해한 사정이 밝혀진 경우 해당 건강기능식품을 제조·판매한 모든 회사들 사이에서도 공동정범 관계가 성립할 수 있다는 결론으로 이어지게 된다.

따라서, 가슴기 살균제 피해사건에 관한 법원의 입장은 과실범의 공동정범의 성립요건을 실질적으로 형해화시켜, 법적안정성과 예측가능성을 침해하는 측면이 있다고 생각한다. 이 사건에서 법원은 마땅히 서로 다른 회사의 임직원들을 과실범의 경합으로 의율하여, 여러 가슴기살균제 제품을 동시에 사용하여 피해를 입은 환자들의 경우에도 주로 어떤 가슴기살균제 제품으로 인하여 피해를 입었는지를 규명하여 입증이 가능한 범위에서 처벌하고, 인과관계가 입증되지 않은 부분에 대하여는 처벌을 하지 아니하는 것이 책임주의 원칙에 비추어 타당하다고 생각한다.

제 5 절 의료사고에 관한 사례

의료영역은 그 특성상 의료인들이 환자를 치료하는 과정에서 업무상 과실로 환자가 다치거나 사망에 이르게 될 가능성이 매우 높은 분야이다. 또한 의학기술과 의료기기의 눈부신 발전으로 인하여 의료영역의 세부전문화를 통한 의료인들의 사이의 업무분담은 필연적이게 되었다. 이미 단순한 수술의 경우에도 수술 전 다른 전문의 또는 담당의사의 진단과 처방, 수술중의 집도의와 관련 의료인들의 시술, 그리고 수술후의 회복실과 일반 병식에서의 의료인의 활동과 같이 수 많은 의료인이 업무를 분담하고 있다.²⁰⁸⁾

따라서, 수인의 의료인들이 환자를 치료하는 과정에서 각각의 업무상 과실로 또는 그 중 일부의 업무상 과실로 환자가 다치거나 사망에 이르게 되는 경우, 그 결과는 어떻게 분담할 것인지가 문제가 된다. 특히, 치료에 참여한 수인의 의료인 중 누구의 잘못으로 사상의 결과가 발생하였는지가 불명확한 경우 이들의 형사상 책임에 관하여 과실범의 공동정범이 문제될 수 있다. 아래에서는 의료사고 중 의료인들 사이에서 업무상과실치사상죄의 공동정범이 문제가 된 사례들에 대하여 살펴보도록 하겠다.²⁰⁹⁾

208) 전지연, 의사와 간호사의 분업적 의료행위에서의 형사상 과실 책임, 241면

209) 의료행위로 인한 형사책임관계에 관한 보다 자세한 내용은 정웅석, ‘분업적 의료행위에 따른 형사책임관계, 의료법학, 2014. 12. 399면 이하 참고

1. 갑상선암 수술 후 활력체크 미이행 사건²¹⁰⁾

(1) 사실관계²¹¹⁾

피해자 A는 P병원에서 갑상선암 절제술 등을 받고 같은 병원 85병동에서 회복 중인 환자이다. 甲은 P병원의 레지던트로 A의 주치의이자 당직 의사인 자이고, 乙과 丙은 85병동의 간호사이다.

피고인 甲은 A를 위해 응급처치기구를 병실에 준비해 둘 것과 피해자를 2시간 마다 활력체크할 것을 85병동 야간당번 간호사인 乙에게 지시하고, 피해자에게 이상한 징후가 나타나면 급히 연락하도록 乙과 피해자의 보호자에게 지시하였다. 그러나 乙은 A에 대한 활력체크를 처음 1회만 실시하고 이를 실시하지 아니하였으며, 피해자가 호흡곤란으로 고통스러워한다고 보호자가 2차례나 의사를 불러달라고 乙에게 요청하였으나, 피해자의 상태를 확인하거나 甲에게 연락을 취하지 않았다. 乙은 07:00경 퇴근하였고, 乙로부터 A를 인계받은 주간담당 간호사 丙은 그 전날 주간 근무 당시와는 달리 A의 상태가 악화되어 산소호흡기를 부착하고 있고, 병실에 응급처치기구까지 비치되어 있음에도 아침 08:00경 A의 활력체크를 하지 아니하고, 보호자의 요구가 있을 경우 환자 상태 확인하여 甲에게 연락을 하여야 함에도 이를 이행하지 아니하였다. 甲은 같은 날 00:30부터 09:00경까지 당직실에서 수면을 취하다가 간호사가 전화를 한 기회에 피해자의 상태를 물어보기만 하고 자신이 직접 A를 관찰하지 아니하였다.

사건 당일 09:00경 피해자가 다시 호흡곤란을 호소하고, 몸부림치자 보호자는 丙에게 의사를 불러 달라고 요청하였으나 丙은 즉시 이를 이행하

210) 한편, 이와 유사한 사례로 교대 근무 방식으로 근무한 간호사들이 체장 종양 제거수술 직후의 환자에 대하여 1시간 간격으로 4회 활력징후를 측정하라는 담당 의사의 지시를 위반하여 활력징후를 측정하지 아니한 과실로 환자를 사망에 이르게 한 사안에서 대법원은 환자가 사망하기 전에 근무를 한 간호사와 사망 당시 근무를 한 간호사를 업무상과실치사의 공동정범으로 의율하기도 하였다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2008도8606 판결).

211) 전지연, 앞의 논문(각주 203), 248면 참고

지 아니하였고, 피해자가 고통을 이기지 못하여 복도로 나와 쓰러지고 나서야 당직의사인 甲에게 연락을 하였다. 甲이 09:20경 당직실에서 달려왔으나 A는 이미 일시적인 호흡정지 상태로 뇌산소결핍으로 인한 뇌기능부분 손상 상태(식물인간상태)에 이르게 되었다.

검사는 의사인 甲과 간호사 乙, 丙이 공모하여 업무상 주의의무를 위반하여 피해자를 상해에 이르게 하였다고 보아 피고인들을 업무상과실치상죄의 공동정범으로 기소하였다.

(2) 법원의 판단

제1심은 피고인들에게 형법 제268조 및 제30조를 적용하여 업무상과실치상죄의 공동정범으로 유죄를 선고하였다. 피고인들은 주의의무위반여부를 다투며 항소하였는데, 항소심 법원은 피고인들의 항소가 이유없다고 판단하여 원심 판단을 유지하였다.²¹²⁾

피고인들이 주의의무 위반 및 인과관계 유무 등에 대하여 다투며 상고하였으나 대법원 역시 항소심 법원의 판단에 위법이 없다고 보아 피고인들의 상고를 기각하였다.²¹³⁾

당직의사인 피고인 甲으로서는 본인이 직접 환자의 경과를 살펴 호흡장애의 발생여부를 관찰하고 필요한 처치를 시행하였어야 할 것임에도, 그 이후 당직실에서 수면을 취하다가 07:00경 피고인 乙이 전화를 한 기회에 피해자의 상태만을 물어보고는 환자를 살피지 아니하고 09:00경에 이르기까지 방치한 업무상의 과실이 있다고 인정되고, 당직간호사들인 피고인 乙, 丙은 피고인 甲의 지시에 따라 2시간마다 활력체크를 성실히 이행하였더라면 기도부종의 증상악화를 미리 파악할 수 있었을 것으로 보여지는데도 이를 행하지 아니하였고, 피해자의 보호자가 수차례 환자의 상태악화를 말하며 의사를 불러

212) 서울형사지방법원 1992. 12. 28 선고 92고단4432 판결; 서울지방법원 1993. 10. 12 선고 93노459 판결

213) 대법원 1994. 12. 22 선고 93도3030 판결

줄 것을 요청하였음에도 환자를 관찰하지도 아니한 채 그 요청을 제대로 이행하지 아니한 업무상의 과실이 인정되며, 피고인들의 이러한 주의의무를 다하였더라면 피해자에게 적정한 시기에 적절한 조치를 행함으로써 이 사건에서와 같은 결과의 발생을 방지할 수 있었을 것이라고 보여지므로, 이와 같은 피고인들의 주의의무 위반행위와 이 사건 손해와의 사이에는 인과관계가 있다

(3) 검토

이 사건에서 대법원은 제1심과 달리 공동정범 규정(제30조)을 적용하지 아니하고 피고인들을 업무상과실치상죄로 처벌하였으나, 피고인들 전체의 주의의무위반과 피해자의 손해 사이의 인과관계를 판단하는 것으로 볼 때 피고인들이 공동정범 관계에 있음을 전제로 판단한 것으로 보인다.

이 사건에서와 같이 의사인 甲과 간호사인 乙, 丙은 업무의 특성상 주의의무 내용이 상이하고, 주의의무 상호간에 관리·감독의 수직적 관계가 존재하여 이들을 공동의 주의의무를 부담하는 공동정범 관계로 의율할 수 있을 것인지가 문제될 수 있다. 甲의 주의의무와 乙·丙의 주의의무는 환자의 생명 보호라는 동일한 목표를 위한 것으로서 상호 보충적·연대적 관계가 충분히 인정된다고 할 것이므로, 공동정범 관계가 인정될 수 있다고 생각한다.

2. 자연분만 중 조산사의 과실로 태아가 사망한 사건

(1) 사실관계

자궁절개시술로 두 차례 출산의 경험이 있는 산모가 조산원에서 자연분만을 하다가 자궁파열로 태아가 사망하는 결과가 발생하였다. 자연분만을 총괄한 조산사 甲과 자연분만을 실제 유도한 조산사 乙이 업무상과실치상죄의 공동정범으로 기소되었다.

자궁절개수술을 받은 경험이 있는 산모가 자연분만을 하는 경우(이하 ‘브이백’이라고 한다) 자궁파열의 위험성이 높음에도 불구하고, 甲은 분만의 진행 중 즉시 제왕절개수술을 할 수 있는 준비가 되어 있지 않은 상태에서 브이백을 시행할 것을 권유하였고, 방송국 촬영을 위해 브이백을 시행한 경험이 전혀 없는 乙에게 피해자를 인계하였으며, 乙로부터 태아가 이상하다는 전화를 받고도 본인이 조산원에 도착할 때까지 기다리라고 말하였다. 乙는 20여 년 이상 경험을 가진 조산사로서 甲으로부터 산모를 인계받았고, 브이백의 경험이 전혀 없고 지도의사로부터 아무런 위험성도 자문받지 않은 상태에서 甲의 부탁을 받고 분만을 하도록 하였으며, 분만 과정에서 산모와 태아에게 이상징후가 발견되면 즉시 병원에 호송해야 함에도 불구하고 이상원인을 진단하는데 상당한 시간을 소요하였다.

(2) 법원의 판단²¹⁴⁾

항소심 법원은 과실 행위자 상호간에 의사의 연락이 있는 경우 과실범의 공동정범이 성립된다는 법리를 바탕으로, 이 사건 피고인들 사이에는 상호 의사의 연락이 있었다고 보아 업무상과실치사·업무상과실치상의 공동정범이 성립한다고 판단하였다.

피고인들의 업무상 과실로 인하여 이 사건 사고가 발생한 것이므로 피고인들의 과실과 이 사건 사고 사이의 인과관계도 충분히 인정되고, 피고인 1이 피고인 2에게 피해자의 조산 업무를 인계하였고, 이에 따라 피고인 2가 피해자의 분만을 시행한 것이며, 그 결과 이 사건 사고가 발생한 것이므로, 피고인들 사이에는 피해자의 분만에 관한 상호 의사의 연락이 있다고 봄이 상당하여 과실범의 공동정범이 성립된다(피고인 1은 피해자가 밤 12경에나 출산할 것으로 예상하였고 피고인 2에게 피해자의 분만을 부탁한 것이 아니어서 피고인들 사이에 의사의 연락이 없었으므로 공동정범이 성립되지 않는다고 주장하나, 피고인 1이 피고인 2에게 피해자의 조산 업무를 인계한 의사에는 만약 피고인 1이 자리를 비운 사이에 피해자의 분만이 시작되면 피고

214) 서울북부지방법원 2007. 10. 25 선고 2007노767 판결

인 2가 피해자의 조산 업무를 시행할 것을 부탁하는 의사도 포함되어 있다고 봄이 상당하므로 피고인 1의 위 주장은 이유 없다).

(3) 검토

이 사건에서 항소심 법원은 피고인들 사이에 상호 의사연락이 인정됨을 근거로 업무상과실치사상죄의 공동정범이 성립한다고 판단하였다. 또한, 피고인들간의 의사연락이 인정된다고 판단한 근거로 피고인 甲이 피고인 乙에게 피해자의 조산 업무를 인계하여 피고인 乙이 피해자의 조산 업무를 담당하게 된 점과 피고인 甲에게는 분만이 일찍 시작되었을 경우 피고인 乙이 조산 업무를 담당하였을 것을 부탁한 의사도 있었다는 점을 제시하였다.

피고인들 사이에 피해자 분만에 관한 공동의 주의의무와 공동의 주의의무에 대한 인식이 충분히 인정된다고 할 것이어서 법원의 결론이 타당하다고 생각한다. 또한, 피고인들에게 공동정범 관계가 성립하는 근거에 관하여 비교적 구체적으로 실시하였다는 측면에서도 바람직하다고 생각한다.

3. 간호실습학생 정맥주사 사건

(1) 사실관계

피해자 A는 뇌출혈 증세로 B병원에 입원하여 뇌실외배액술 등의 수술을 받은 다음 일반병실로 옮겨졌다. A의 몸에는 대퇴부 정맥에 주사침을 통하여 수액을 공급하기 위한 튜브가, 머리에는 뇌실 삼출액을 배출하기 위한 튜브(뇌실외배액관)가 연결되어 있었다.

B 병원 신경외과 전공의인 피고인 甲은 수술 직후 A의 주치의로 선정되었고, 담당 간호사들에게 대퇴부 정맥에 연결된 튜브를 통하여 항생제, 소염진통제 등의 주사액을 투여하도록 처방 및 지시하였으며 였지만 별다른 부작용이 없었다. 甲은 종전 처방과 마찬가지로 A에게 항생제, 소염진통제 등을 정맥에 투여할 것을 당직 간호사에게 지시하였다.

B 병원의 책임간호사인 乙은 신경외과 간호실습을 하고 있던 丙을 병실에 대동하고 가서 그에게 주사기를 주면서 A의 정맥에 주사하라고 지시하였다. 乙이 같은 병실의 다른 환자에게 주사를 하는 사이에, 丙이 뇌실외배액관을 대퇴부 정맥에 연결된 튜브로 착각하여 그 곳에 주사액을 주입하는 것을 뒤늦게 발견하고 즉시 이를 제지한 다음 직접 나머지 주사액을 대퇴부 정맥에 연결된 튜브에 주입하였지만 A는 뇌압상승에 의한 호흡중추마비로 같은 날 사망하였다.

검사는 주치의 甲과 간호사 乙, 간호실습생 丙을 업무상과실치사죄의 공동정범으로 기소하였다.

(2) 법원의 판단

제1심은 피고인 甲에게 정맥주사를 부득이 간호사에게 주사케 하는 경우에도 그 장소에 입회하여 필요한 조치 등을 할 업무상의 주의의무가 있음에도 이를 게을리한 과실이 있다고 판단하였고, 피고인 乙은 책임간호사로서 자신이 직접 주사하거나, 부득이 교육상 실습 중인 실습생에게 정맥주사를 하게 하더라도 직접 입회하여 주사방법과 위치 등에 관하여 지도·교육하여 사고의 발생을 미연에 방지하여야 할 업무상의 주의의무를 위반하였으며, 피고인 丙은 乙의 입회 아래 주사방법 및 위치에 대하여 정확히 확인한 후 피해자의 정맥에 약물을 주사하여야 함에도 불구하고 단독으로 뇌실외 배액관을 정맥에 연결된 튜브로 오인하여 만연히 그곳을 통하여 뇌실에 처방된 약물을 주사한 업무상 과실을 인정하였고 이들의

과실로 피해자가 사망에 이르게 되었다고 보아 업무상과실치사죄의 공동
정범 성립을 긍정하였다.²¹⁵⁾

한편, 항소심 법원은 피고인 甲의 경우 사건 당시 피해자의 상황, 책임
간호사의 경력 및 지시된 주사처방의 위험성 등을 종합할 때 피고인에게
구체적인 주의의무의 위반이 인정되지 아니한다고 판단하여 甲에 대하여
는 무죄를 선고하였고 乙과 丙에 대하여는 업무상과실치사죄가 성립한다
고 판단하였다.²¹⁶⁾ 항소심 법원의 판단에 대하여 검사가 상고하자 대법원
은 원심의 판단에 의사의 업무상 주의의무에 관한 법리오해가 없다고 하
여 상고를 기각하고 원심 판단을 유지하였다.²¹⁷⁾

(3) 검토

의사와 간호사들 사이에 공동정범 관계가 인정될 것인지 여부 또한 구
체적인 사안의 특성에 따라 다르게 판단되어야 할 것이다. 이 사건에서
와 원심은 만연히 의사인 甲에게 간호사 乙 및 간호실습생 丙과 공동하여
업무상과실치사죄의 주의의무위반을 긍정하였으나, 甲에게 간호사 乙의
입회 하에 지도·교육이 없는 상태에서 간호실습생 丙이 튜브를 헛갈려 잘
못 주사를 할 경우까지 예견하고 회피할 의무는 없다고 할 것이어서 항소
심 법원과 대법원의 판단이 타당하다고 생각한다.

이 사건에서 검사는 피고인들을 업무상 과실치사죄의 공동정범으로 기
소하였다. 단순히 피고인들의 과실이 ‘공동하여’ 결과에 영향을 미쳤다는
것 이외에 이 사건 사실관계의 어떠한 부분에 비추어 피고인들이 공동정
범 관계에 해당한다고 볼 수 있는지에 대하여 충분히 소명하지 못하고 있
다. 제1심 법원 또한 어떠한 근거로 피고인들이 공동정범에 해당한다고
판단하는 것인지가 불명확하기 때문에 이 사건에서와 같이 피고인이 본인

215) 부산지방법원 2001. 1. 9. 선고, 2000고단5015 판결

216) 부산지방법원 2001. 6. 12 선고 2001노202 판결

217) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2001도3667

의 무과실을 적극적으로 입증하고 그 입증이 성공하지 아니하는 한 공동
정범으로 전체 책임을 부담하게 되는 문제가 있다.

4. 전자처방 약물주사 사건

(1) 사실관계

피고인 甲은 I 병원의 정형외과 소속 전공의이고, 피고인 乙은 위 병원
정형외과 소속 수련의(인턴), 丙은 위 병원의 간호사이다.

피해자 A는 2000. 3. 7. 이 사건 병원에서 정형외과 교수와 성형외과
교수로부터 종양제거 및 피부이식수술을 받았다. 이 사건 병원은 정형외
과 소속 전공의인 甲을 피해자 A의 주치의로 하여 피해자의 회복과정을
담당하도록 하고, 같은 과 소속 수련의인 피고인 乙로 하여금 이를 보조
하도록 하되, 수술 후 수일 간 성형외과 의료진도 공동으로 투약처방을
하도록 하였다. 이에 따라 성형외과 소속 전공의 J가 2000. 3. 8. 혈액순환
개선제 등의 투약처방을 하였다.

이 사건 병원 마취과 소속 의사 K는 수술당일 피해자에게 투여한 약제
를 컴퓨터에 입력하면서 베큐로니움 브로마이드²¹⁸⁾ 1병을 적게 입력하였
고, 그 수량을 맞추기 위하여 수술 다음날(2000. 3. 8.) 실제로 위 약을 투
여하지 않았지만 위 약이 처방된 것으로 입력하였다. 피고인 乙는 J로부
터 2000. 3. 9. 전날 J가 투여하라고 지시한 약들을 그대로 다시 투여하는
처방을 하라는 지시를 받자, 베큐로니움 브로마이드는 앞서 본 경위로 컴
퓨터상으로부터 처방에 포함되어 있었을 뿐 실제로 전날인 2000. 3. 8. J에
의해 투여 지시된 바도 없고, 실제로 투여되지도 않았음에도 피고인 甲의

218) vecuronium bromide, 전신 근육을 이완시켜 수술을 용이하게 하는 작용을 하는 마취
보조제로서, 수술 후 회복과정에서는 사용되지 않으며, 호흡근을 마비시키기 때문에 환
자에 대한 인공호흡 준비를 갖추지 않은 상태에서 사용하여서는 아니된다.

명의로 피해자에게 베큐로니움 브로마이드 1병을 주사하라는 내용을 포함한 투약처방을 하였다.

이 사건 병원의 간호사인 丙은 위 약이 병동에서 통상적으로 사용되지 않는 약으로서 호흡근을 마비시키는 약이라는 것을 간과한 채 위 처방에 따라 2000. 3. 9. 12:40경 A에게 베큐로니움 브로마이드 10mg을 정맥주사하여, 그 자리에서 피해자로 하여금 의식불명의 상태에 이르게 하였다.

검사는 피고인 甲과 乙이 공동하여 의사로서의 업무상 주의의무에 위반한 과실로 피해자를 의식불명의 상태에 이르게 하였으며, 피고인 丙 또한 고참 경력 간호사로서 의사에게 처방의 적정성 여부 등을 확인한 후 투약하여야 할 업무상 주의의무를 위반하였다고 보아 피고인 甲과 乙을 업무상과실치상죄의 공동정범으로 기소하고, 피고인 丙은 업무상과실치상죄의 단독정범으로 각각 기소하였다.

(2) 법원의 판단

가) 甲과 乙의 업무상과실치상 사건

제1심은 甲과 乙에 대한 업무상과실치상죄의 공동정범 성립을 긍정하였고, 피고인들이 항소하였으나 항소심 법원 또한 피고인들이 공동하여 의사로서의 업무상 주의의무에 위반한 과실로 피해자를 상해에 이르게 하였다고 보아 유죄를 선고하였다.²¹⁹⁾ 한편, 항소심 판결에 대하여 甲이 상고

219) 서울중앙지방법원 2005. 11. 8 선고 2004노388 판결. “피고인 甲은 피해자의 주치의로서, 하루 전에 투여된 약이 어떠한 약인지, 수술 후 회복과정의 환자에게 투여할 수 없는 약이 포함되어 있는지 여부 등에 관하여 살핀 후에 처방을 하도록 하여야 할 업무상 주의의무가 있음에도 불구하고 이를 사전에 확인, 점검하지 아니하였을 뿐만 아니라 간호사가 환자에게 적절히 투약하는지를 확인하지 아니한 채 그대로 방치하였고, 수련의인 피고인 乙은 실제로는 2000. 3. 7. 수술시에만 투여되었을 뿐 하루 전인 2000. 3. 8.에는 투여되지 않았고 수술을 위한 마취를 할 때 사용되는 전신순육 이완제로서 인공호흡 준비를 하지 않은 상태에서는 투여하면 아니되는 베큐로니움 브로마이드가 컴퓨터상으로만 2000. 3. 8.자 처방에 포함되어 있음을 간과한 채 이를 그대로 2000. 3. 9.에 피해자에게 투여하라는 피고인 甲 명의의 처방을 내렸으며, 간호사 丙은 이를 그

하였으나 대법원은 원심의 판단에 위법이 없다고 판단하여 甲의 상고를 기각하였다.²²⁰⁾

나) 丙의 업무상과실치상 사건

제1심과 항소심은 丙에게 주의의무위반이 인정되고 주의의무위반과 피해자의 상해 사이에 인과관계도 인정된다고 판단하여 丙에게 유죄를 선고하였다.²²¹⁾ 한편, 丙이 상고하자 대법원은 丙의 주의의무 위반과 피해자의 상해는 상당인과관계가 있다고 할 것이고, 피해자의 상해 발생에 피고인 외에도 다른 사람들의 과실이 주로 작용하였다는 사정이 있다 하여도 피고인의 책임은 인정된다고 판단하였다.²²²⁾

피고인이 위 배큐로니움의 약효 등을 확인하지 않음으로 인해 그 투약의 위험성을 인식하지 못함으로써 처방내용을 재확인할 기회를 놓친 채 그대로 이를 주사 투약한 점에서 위 주의의무를 위반한 과실이 인정된다 하겠고, 이를 투약함으로써 그 약효 내지 부작용으로 인하여 피해자에게 상해가 발생한 이상 그와 같은 결과는 피고인의 주의의무 위반과 상당인과관계가 있다고 할 것이며, 피해자의 상해 발생에 피고인 외에도 다른 사람들의 과실이 주로 작용하였다는 사정이 있다 하여 피고인의 책임을 면제할 사유가 된다고 할 수는 없다.

(3) 검토

이 사건에서 검사가 피고인들 모두를 업무상과실치상죄의 공동정범으로 기소하지 아니하고, 의사인 甲, 乙과 간호사인 丙을 각각 별도로 기소한 정확한 이유는 알 수 없으나, 丙을 甲, 乙과 함께 공동정범으로 기소하지

대로 피해자에게 투여하였는바, 사정이 이러하다면 피고인 甲은 피고인 乙와 공동하여 의사로서의 업무상 주의의무에 위반한 과실로 피해자를 의식불명의 상해에 이르게 하였음을 충분히 인정할 수 있다”

220) 대법원 2007. 2. 22 선고 2005도9229 판결

221) 서울지방법원 2003. 12. 30 선고 2002고단6855 판결, 서울중앙지방법원 2005. 11. 8 선고 2004노389 판결

222) 대법원 2009. 12. 24 선고 2005도8980 판결

아니하여도 인과관계 입증에 무리가 없다고 판단하였기 때문이라고 생각된다.

5. 횡격막 탈장 오진 사건

(1) 사실관계

甲은 P병원의 응급의학과 전문의이고, 乙은 위 병원의 소아청소년과 전문의, 丙은 위 병원의 가정의학과 전공의이다.

피해자 A(8세)는 복통으로 인하여 새벽 1시 경 P병원 응급실에 내원하여 응급의학과 전문의 甲에게 진료를 받았다. 당시 피해자에게는 실제 폐렴소견이 있었음에도 甲은 X-ray상 이상소견을 발견하지 못하여 추가적 검사를 실시하지 않고 비특이적 복부통증으로만 판단하고 A를 귀가하게 하였다. 다음날 피해자는 A병원을 내원하여 소아청소년과 전문의 乙에게 진료를 받았고, 며칠 후에도 내원하여 乙에게 진료를 받았다. 乙 역시 甲과 마찬가지로 A의 이상 소견을 인식하지 못하였고, 피해자를 단순히 변비로 진단하였다. 당시 P병원의 영상의학과 전문의는 X-ray 사진상 폐렴소견이 있다는 영상의학 보고서를 작성하였으나 乙은 이를 확인하지 아니하였다. 1주일 경과 후 A는 복부 통증으로 P병원 응급실에 내원하여 가정의학과 전공의 丙에게 진료를 받았다. 丙은 A의 내원 당시 의무기록과 X-ray 촬영 결과 등을 전혀 확인하지 아니하였고, 추가 검사 등을 실시하지 아니한 채 A를 변비로 진단하고 이에 따른 치료 조치를 했다.²²³⁾ A는 그 다음날 횡격막 탈장 및 혈흉을 원인으로 한 심정지로 사망하였다.

223) 피고인 丙은 촬영된 복부 엑스레이 촬영 사진상 '횡격막 탈장' 소견이 확인되므로 상급자인 응급의학과 전문의와 영상의학과 의사에게 도움을 요청하거나 피해자가 치료 및 진단을 받았던 종전 의무기록 등을 확인하여야 함에도 이러한 조치를 취하지 아니하였다.

검사는 응급의학과 전문의 甲, 소아청소년과 전문의 乙, 가정의학과 전공의 丙의 주의의무위반으로 인하여 A가 사망하였다고 보아 이들을 업무상과실치사의 공동정범으로 기소하였다.

(2) 법원의 판단

제1심은 주의의무위반을 다투는 피고인들의 주장을 배척하며 ‘피고인들이 정확하게 진단하였다면 피해자에게 저혈량성 쇼크가 오는 응급상황에 빠지지 않았을 것이며, 피고인들의 기본적인 책임 이유가 이상 소견에 대한 진단 실패로 인하여 황격막 탈장의 적절한 치료시기를 놓쳤다’고 설치하면서 피고인들을 모두 유죄로 판단하였다. 다만, 피고인들에게 형법 제30조를 적용하여 업무상과실치사의 공동정범으로 처벌하면서도, 피고인들이 공동정범에 해당하는 이유에 대하여는 별도로 언급하지 아니하였다.²²⁴⁾ 또한, 개별 피고인 별로 과실 및 인과관계의 유무를 독립적으로 판단하였다.²²⁵⁾

이와 같은 제1심 판결에 대하여 검사(양형부당)와 피고인들이 항소하였고, 항소심 법원은 乙과 丙의 경우 업무상과실치사의 공동정범에 해당한다고 하여 유죄를 선고한 반면, 응급의학과 전문의 甲에 대하여는 응급의학과 의사에게 요구되는 업무상 주의의무를 위반하였다고 보기 어렵다고 판단하여 무죄를 선고하였다.²²⁶⁾ 항소심 판결에 대하여 검사가 상고하였고, 대법원은 검사의 상고를 기각하고 항소심의 판결을 유지하였다.²²⁷⁾

224) 수원지방법원 성남지원 2018. 10. 2. 선고 2016고단4090 판결

225) 제1심 재판 과정에서 피고인들은 자신들에게 과실이 없다는 점과 과실이 있다고 하더라도 피해자의 사망이라는 결과 사이에 인과관계가 없다는 취지로 다투었고, 제1심은 개별 피고인들별로 위와 같은 주장을 받아들이지 않는 이유를 설치하면서 과실의 존재와 결과 사이의 인과관계가 인정된다는 판단을 내렸다.

226) 수원지방법원 2019. 2. 15. 선고 2018노6435 판결 “응급의학과 급성 질환과 외상환자에 대한 평가와 처치를 통해 활력징후를 안정화시키고 최종 진료가 지연되지 않도록 하는 임상의학 분야로서, 제한된 시간 및 공간속에서 불확실한 정보를 통해 진단이 이루어진다. 따라서 응급의료를 담당한 의사의 과실은 응급 환자에 대한 초기 평가와 처치를 기준으로 판단해야 하며, 그 후에 이루어진 영상검사 판독결과나 최종 진단결과에 근거하여 응급 진료 당시 주의의무를 게을리하였다고 쉽게 평가해서는 안 된다.”

227) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2019도4079 판결

(3) 검토

이 사건 항소심 법원은 제1심과 달리 응급의학과 전문의 甲의 경우 응급의학의 특성상 제한된 시간 및 공간속에서 불확실한 정보를 통해 진단이 이루어지는 점을 고려하여 응급의학과 의사에게 요구되는 업무상 주의의무를 다하지 않았다고 보기 어렵다고 보아 무죄를 선고하였다. 반면, 乙과 丙의 경우 피고인들 별로 진료행위에 있어서 주의의무 위반이 인정된다는 점과 이러한 주의의무 위반과 A의 사망 사이에 인과관계가 인정된다고 보아 유죄를 선고하였다.

항소심 법원은 개별 피고인들의 주의의무 위반과 피해자의 사망이라는 결과 사이에 각각 인과관계가 인정된다고 판단하면서도, 이들이 공동정범의 관계로 연결되는 근거에 대하여는 별다른 이유를 설시하지 아니하였고, 피고인들의 과실과 결과사이의 인과관계 유무도 피고인별로 판단하였다.²²⁸⁾

추측컨대 항소심 법원은 피고인들이 같은 병원에 근무하고 있는 의사들이고, 피고인 丙이 “이전에 진료했던 의사도 변비로 판단했기 때문에 이를 참고하여 변비로 판단했고, 굳이 전문의에게 보고할 필요성을 느끼지 못했다.”는 취지로 진술한 점 등을 고려하여 공동정범 관계를 긍정한 것으로 보인다. 그러나, 과실범의 공동정범이 성립할 경우 공동정범으로 연결되는 과실범들의 행위는 법률적으로 하나의 행위로 평가되어야 할 것이고, 결과와의 인과관계 또한 포괄적으로 검토되어야 한다는 측면에서 이와 같은 독립적인 판단은 공동정범의 인과관계 판단 방식에 있어 체계상 잘못된 측면이 있다고 할 것이다.

228) 제1심 역시 피고인들의 과실유무 및 피해자의 사망이라는 결과 사이의 인과관계유무를 각 피고인에 따라 개별적으로 판단하였다.

제 6 절 기타 사례

1. 가요콘서트 공연장 사건²²⁹⁾

(1) 사실관계

甲은 A시의 시장으로서 A시에서 주최하는 축제의 추진위원회 위원장이고, 乙은 위 축제행사 중 하나로 진행예정이던 B방송의 콘서트 공개녹화공연의 담당프로듀서이다. 丙은 위 축제의 계획수립, 행사대행업체 선정, 안전대책 등 업무를 지휘·감독하는 A시의 행정지원국장, 丁은 위 축제의 실무행정을 총괄하는 과장이다. 武는 이 사건 콘서트 진행 업무를 조율하는 협회의 회장, 己는 이 사건 콘서트 행사의 경비업무를 담당한 경비업자이다.

사건 당일 이 사건 공개녹화공연 행사장인 A시 시민운동장에는 관중통제를 위한 보조 장비인 안전펜스나 안전라인이 전혀 구비되지 않았으며, 충분한 경비요원들이 배치되지 아니하여²³⁰⁾ 관중을 질서있게 통제할 준비가 되어 있지 아니하였다. 또한, 이 사건 주출입구로 결정된 출입구는 운동장 바깥에서 안쪽으로 경사져 있고 안쪽에서 바깥쪽으로만 개방할 수 있어 다수 관중들이 한꺼번에 입장하는 경우에 사고 발생의 구조적 위험성이 증대되었다. 그 결과 콘서트 공연을 관람하려는 관중들이 행사장에 한꺼번에 입장하려다가 연쇄적으로 넘어지는 바람에 11명이 사망하고 145명이 상해를 입게 되었다.

229) 앞서 살펴본 바와 같이 독일에서 2010년 이 사건과 유사한 사건이 발생하였으나, 수사대상자들의 혐의입증이 어려워 기소중지로 사건이 종료되었다.

230) 이 사건 경비업자 己는 사전에 경비계획을 수립하지도 아니하고, 현장에 배치될 경비요원들에게 사전에 현장답사를 하도록 하거나 어떠한 사전 교육도 시행하지 아니하여, 현장에 도착한 일부 경비요원들도 적절한 위치에 배치되지 못한 채 자신들의 구체적 임무조차 인식하지 못한 상태에서 경비에 임하게 되었다

검사는 피고인들의 업무상과실로 인하여 피해자들이 사망하거나 상해를 입게 되는 결과가 발생하였다고 하여, 피고인들을 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 기소하였다.

(2) 법원의 판단

원심은 피고인들에게 업무상과실치사상죄의 공동정범 관계가 성립한다고 보아 피고인들에게 유죄를 선고하였다. 한편, 피고인들과 검사가 항소하자 항소심 법원은 ‘피고인들의 각 단계에서의 과실만으로 사고의 원인이 되지 못한다고 하더라도, 그것이 합쳐지면 사고가 발생할 수 있으며, 각 단계에 관여한 자는 특별한 사정이 없는 이상 사고발생에 대한 공동책임을 면할 수 없다. 나아가 피고인들 사이에 이 사건 가요콘서트 공개녹화공연을 사고 없이 실행하여야 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었다고 보아 업무상과실치사상죄의 공동정범의 관계가 성립한다’고 판단하였다.²³¹⁾

이 사건 가요콘서트 공개녹화공연과 같이 대규모 관중이 운집할 것이 예상되는 공연을 적법한 시설 등을 갖춘 공연장이 아닌 장소에서 행하는 경우에 있어서, 안전사고 없는 공연실행을 위해서는, 공연의 규모와 성격, 예상 관중수와 연령대 또는 성향, 공연장소의 규모와 구조적 적합성 등 당해 공연과 공연장소의 제반사정을 반영한 적절한 재해대처계획의 수립·신고, 그에 합당한 경호인력과 장비 등의 사전 확보 및 충분한 사전 교육(필요한 경우 사전 답사 및 예행연습), 효율성과 안정성을 고려한 적절한 교통소통 및 입·출구 확보를 위한 시의적절한 노점상 등의 사전 통제와 입장·관람·퇴장이라는 공연의 모든 과정에 있어서의 관중 질서유지, 화재 및 단전, 소요 등 비상시 돌발상황에 대비한 예비인력 확보와 소방, 전기, 인명구호 등에 필요한 대책 수립 및 시행, 이에 대하여 구체적·직접적으로 감독책임이 있는 자들의 철저한 확인·감독이라는 조건이 합치되어야 하는 것이므로, 위 각 단계에서의 과실 그것만으로 사고 원인이 되지 못한다고 하더라도, 그것이 합쳐지면 사고가 발생할 수 있다는 것은 쉽게 예상할 수 있고, 따라서 위 각 단계에 관여한 자는 전혀 과실이 없다거나 과실이 있다고 하여도 사고발생의 원인이 되

231) 대구고등법원 2006. 7. 27. 선고 2006노86 판결

지 않았다는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 사고발생에 대한 공동 책임을 면할 수 없다 할 것이며, 한편 위와 같은 과실이 인정되는 자들 사이에 이 사건 가요콘서트 공개녹화공연을 사고 없이 실행하여야 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었다고 볼 수 있다면 형법 제30조 소정의 공동정범의 관계가 성립된다고 할 것이다.

대법원 역시 항소심 법원과 같은 취지로 피고인들 사이에 공개녹화공연을 사고 없이 안전하게 실행하여야 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었다고 볼 수 있으므로 업무상과실치사상등의 죄에 대하여 공동정범의 관계가 성립한다고 판시하며 피고인들의 상고를 기각하였다.²³²⁾

피고인 000, 000에게는 앞서 본 바와 같은 안전관리에 관한 지휘·감독 등의 과실이 인정되고, 다른 피고인들의 과실이 합쳐져서 이 사건 사고의 원인이 되었으며, 한편 피고인들은 문화방송 가요콘서트 프로그램의 공개녹화공연을 사고 없이 안전하게 실행하여야 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었다고 보아야 할 것이므로, 피고인 000, 000와 나머지 피고인들 사이에는 이 사건 업무상과실치사상등의 죄에 대하여 형법 제30조 소정의 공동정범의 관계가 성립한다고 보아야 할 것이다.

(4) 검토

이 사건에서 법원은 과실범의 공동정범의 성립을 위하여는 피고인들 사이에 공동의 목표와 의사연락이 요구된다는 전제 하에, 이 사건 피고인들에게는 콘서트 프로그램의 녹화공연을 사고 없이 안전하게 실행하여야 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었다는 점을 근거로 피고인들에게 업무상과실치사상죄의 공동정범 성립을 긍정하였다.

이 사건 판결은 피고인들에게 ‘콘서트 프로그램의 녹화공연을 사고 없이 안전하게 실행하여야 한다’는 공동의 목표와 의사연락이 있었다는 점을 공동

232) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2006도5388 판결

정범 인정 근거로 제시하고 있는데, 판결에서 언급한 ‘공동의 목표’라는 것은 그 인정 범위가 매우 광범위하고 사실적인 개념에 불과한 것으로서 과실범의 공동정범 성립의 요건으로는 부적절하다는 생각이다.

다만, A시에서 이 사건 콘서트 업무를 담당하였던 공무원들은 업무를 처리하는 과정에서 유기적으로 하나의 공동체라고 할 수 있어서 콘서트 운영에 관한 공동의 주의의무를 부담한다고 할 것이고, 이들로부터 용역계약 등에 따라 경비 및 안전관리 업무를 위임받아 담당하였던 경비업자 己에게도 A시 콘서트 담당자들과의 주의의무의 공동을 인정할 수 있다고 생각된다.

한편, 법원의 판단에 의하면 프로듀서 乙에게 공동책임이 인정된 주된 근거는 乙에게 공연법소정의 공연주최자로서 재해대처계획을 수립·신고할 의무가 인정되었다는 점으로 보이는데²³³⁾, 이는 다른 피고인들의 주의의무와 동질의 것이라고 보기 어렵다는 점에서 공동정범의 관계로 의율하는 것은 문제가 있다고 생각한다. 다른 피고인들이 A시의 공무원 또는 A시와의 계약관계 등에 의하여 이 사건 콘서트의 안전한 진행을 위한 주의의무를 부담하는 자라면, 피고인 乙의 경우 콘서트 공연의 주최자로서 乙에게 부여된 주된 의무는 콘서트의 정상적인 운영 그 자체에 있는 것이지 안전한 진행을 위한 주의의무는 주된 것이라고 보기 어렵다. 따라서 피고인들 사이에 주의의무의 공동이 존재하였다고 평가할 수 없으므로, 업무상과실치사상죄의 공동정범에 해당한다는 법원의 판단은 잘못되었다는 생각이다. 법원으로서도 마땅히 乙이 다른 피고인들과 독립된 별도의 과실범으로 보아 乙의 과실과 이 사건 결과 사이에 인과관계가 있는지 여부를 개별적으로 판단하였어야 한다고 생각한다.

233) 한편, 피고인 乙은 사고 당일 협회 측 책임자가 잠적하는 바람에 협회 측의 직원 등이 현장에 제대로 배치되지 않았다는 사정, 경비대금이 지급되지 아니하는 등으로 경비업체가 철수하려 하고 경비요원도 제대로 배치되지 않았으며, 노점상 출입통제도 실패한 사정을 인식한 것으로 보인다.

2. 유치원 통학버스 사건

(1) 사실관계

甲은 A유치원 통학버스 운전기사, 乙은 위 버스에 동승한 보육교사, 丙은 유치원 원생들의 명단 및 통학차량 이용여부, 출석여부 등을 확인하는 업무를 담당하는 당직 교사이다.²³⁴⁾

甲은 사건 당일 09:00경 통학버스가 A유치원에 도착하자 버스 내에 남겨진 원생이 있는지 여부를 제대로 살피지 아니한 채 부근에 주차한 후 버스 문을 닫아 잠그고 통학버스 운행을 종료하였다. 乙은 피해자 B가 버스에 남아 있었음에도 불구하고 이를 확인하지 아니하여, 丙에게 B를 인수인계하지 아니하였다. 丙은 피해자 B가 위 버스에서 하차하지 못하여 출석하지 않았음에도 등원한 원생의 명단과 숫자를 제대로 확인하지 않은 채 B가 출석한 것으로 잘못 알고 출석부에 출석한 것으로 기재하였다.

B같은 날 16:40경까지 실내 온도가 약 42도에 이르는 위 버스에 방치되어 과도한 열노출로 인한 열사병 및 무산소성 뇌손상 등의 상해를 입게 되었다.

검사는 甲, 乙, 丙이 공동하여 위와 같은 업무상 과실로 B가 상해를 입게 되었다고 하여 이들을 업무상과실치상죄의 공동정범으로 기소하였다.

(2) 법원의 판단²³⁵⁾

제1심은 피고인들에 대한 업무상과실치상죄를 모두 유죄로 판단²³⁶⁾하였고, 제1심 판결에 대하여 피고인들과 검사(양형부당)가 각각 항소를 제기

234) 乙은 A유치원의 주임교사로서 교사들을 관리하여 원장 부재시 원장의 업무를 대행하는 역할도 하고 있었다.

235) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2017도2312 판결

236) 광주지방법원 2016. 11. 10. 선고 2016고단3925 판결

하였다. 항소심에서 피고인 丙은 본인의 과실과 피해자의 상해라는 결과 사이에 인과관계가 없다고 다투었는데, 항소심은 아래와 같이 丙의 주장을 배척하고 제1심의 유죄 판단을 유지하였다.

과실범에 있어서 행위자의 과실과 결과 발생 사이에 인과관계가 있어야 하는 것은 물론이나 행위자의 과실이 결과 발생의 유일한 원인일 필요는 없고, 행위자의 과실이 결과 발생에 대하여 멀리 떨어져 있는 단순한 조건이거나 우연히 결과를 유발한 조건인 경우를 넘어서 행위자의 과실과 결과 사이에 상당인과관계가 있는 경우라면 과실범의 성립을 인정할 수 있다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자의 이 사건 상해 결과는 피고인의 과실과 甲, 乙의 과실이 합쳐져서 발생하였다고 할 것이므로 그 상당인과관계를 인정할 수 있다. 따라서 피고인의 위 주장은 이유 없다.

항소심 판결에 대하여 피고인 甲과 乙만 상고하였고, 丙은 상고하지 아니하였다. 丙은 대법원에서 B의 출석 여부를 확인하지 않은 과실 그 자체는 인정하지만, 乙로부터 피해자를 현실적으로 인수인계 받지 못하였으므로 본인의 과실과 B의 사고 사이에 인과관계가 없다고 주장하였다. 즉, 丙은 甲과 乙에게 책임을 돌리며, 자기에게는 사고의 결정적인 책임이 없다고 변소하였다. 이에 대하여 대법원은 원심 판단에 ‘업무상과실치상죄에서의 주의의무 위반과 인과관계에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.’고 판단하고 丙의 주장을 배척하였다.

(3) 검토

이 사건에서 법원은 분업적 사무관계를 근거로 피고인들에게 피해자의 상해에 대한 공동책임을 긍정하였다.²³⁷⁾ 운전기사 甲과 통학버스에 동승한 乙

237) 이와 유사한 사건으로 피해자 A(여, 3세)은 피고인 甲이 운영하는 어린이집의 원아로서, 어린이집 통학차량 운전기사 피고인 乙과 통학차량에 동승한 인솔교사 피고인 丙이 A의 집 앞에서 보호자로부터 A를 인도받아 통학차량의 우측 맨 뒷좌석에 태운 다음 어린이집 주차장에 도착하였는데, 어린이집의 원장 피고인 甲 및 운전기사 피고인

에게는 각자가 담당한 업무의 성격상 버스가 유치원에 도착하였을 때 버스에 남아있는 아이가 있는지 여부를 정확히 확인하여 버스에 남아있는 아이가 없도록 주의를 기울여야 할 공동의 주의의무가 당연히 인정된다고 생각된다.

한편, 이 사건에서 인과관계의 유무로 쟁점이 된 것과 같이 피고인 丙과 甲, 乙 사이에 공동의 주의의무를 인정할 수 있을 것인지가 문제될 수 있으나, 이 사건에서 丙이 학생들의 통학차량 이용여부 및 출석여부를 확인하는 업무를 담당하였다는 점에서 피고인들에게 요구되는 주의의무 사이의 공동성을 인정할 수 있다고 생각된다.

다만, 이 사건에서 제1심부터 대법원에 이르기까지 피고인 丙은 본인의 과실과 피해자의 상해라는 결과 사이의 인과관계가 없다는 취지로 다투었는데, 이는 실질적으로 다른 피고인들인 甲과 乙의 과실로 인한 책임을 본인이 부담하는 것이 부당하다는 취지로 보인다. 그렇다면, 법원으로서 피고인 丙의 주의의무 위반이나 인과관계를 개별적으로 판단하는 것에 더하여 마땅히 이 사건 피고인들에게 공동정범관계가 인정되어 피해자의 상

丙, 인솔교사 피고인 丙, 담임교사 피고인 丁이 공동의 과실로 A가 통학차량 내에 잠들어 남아 있는 사실을 발견하지 못하고 여름철에 7시간 14분 동안 고온에 방치되게 함으로써 A을 열사병에 의한 질식으로 사망에 이르게 하였다고 하여 업무상과실치사로 기소된 사건에서, 피고인들 모두에게 유죄를 선고한 사례가 있다(의정부지방법원 2018. 11. 21 선고 2018고단3340 판결). 이 사건에서 의정부지방법원은 “과실범에 있어 행위자의 주의의무위반과 결과 발생 사이에 인과관계가 있어야 하는 것은 물론이나 행위자의 주의의무위반이 결과 발생의 유일한 원인일 필요는 없고, 행위자의 주의의무위반이 결과 발생에 대하여 멀리 떨어져 있는 단순한 조건이거나 우연히 결과를 유발한 조건인 경우를 넘어서 상당한 인과관계에 있는 경우라면 과실범의 성립을 인정할 수 있다. 이 사건에서 피해자를 직접 대면하면서 영유아 보육업무를 수행하고 그 업무상 주의의무를 부담한 자는 피고인 乙 등이고, 피고인 甲은 피고인 乙 등 보육교직원을 총괄하여 관리·감독하여야 할 주의의무를 부담하는 어린이집 원장이다. 앞서 본 바와 같이 피고인이 그 주의의무를 위반하여 피고인 乙 등에 대한 주의 내지 관리·감독의무를 다하지 않은 결과, 피고인 乙 등 모두가 자신의 주의의무를 현저히 해태하였고, 다시 그 결과 피해자가 사망하는 결과가 야기되었다면, 피고인 甲의 주의의무위반과 피해자의 사망이라는 결과 사이에 상당인과관계를 충분히 인정할 수 있다.”고 판시하였는데, 피고인들을 업무상과실치사죄의 공동정범으로 의율하면서도, 피고인들의 과실 전부와 결과 사이의 인과관계를 판단하는 것이 아니라 피고인 甲의 과실과 피해자의 사망이라는 결과 사이의 인과관계를 개별적으로 판단한 잘못이 있다. 이와 관련하여 아래 제5장 IV. 참고.

해라는 결과에 대하여 공동책임을 부담할 수밖에 없다는 점에 대하여 판단하여야 할 필요가 있다. 그럼에도 불구하고 판결 내용에 비추어 볼 때 이 사건 법원이 피고인들 사이에 어떠한 이유로 공동정범 관계가 성립하는지에 대하여 충분한 이유를 설시하지 않은 부분은 아쉬운 측면이 있다고 생각한다.

3. 격투기 선수 상해 사건

(1) 사실관계

甲은 A체육관을 운영하면서 이 사건 경기를 주최한 주최자이고, 乙은 피해자가 다니는 B체육관을 운영하는 관장이며, 丙은 이 사건 경기의 심판이다. 피고인들은 사건 당일 킥복싱 수련기간이 3개월에 불과하고, 실전 경험이 없는 17세의 고등학생인 피해자를 실전 형식의 아마추어 킥복싱 시합에 참가시키면서, 헤드기어를 착용하도록 지시하거나, 링닥터를 입회하도록 하지 않은 채 경기를 진행하였다.

피해자는 1라운드 18초만에 하이킥을 왼쪽 얼굴부위에 맞아 큰 충격을 받고 쓰러지게 되었다. 그럼에도 불구하고 피고인들은 피해자의 상태를 면밀히 관찰하지 않고 충분한 휴식 없이 계속하여 경기를 진행시켰고, 현장에 링닥터가 배치되지 않아 휴식시간에 피해자의 상태를 제대로 확인하지 않은 채 2라운드 경기가 진행되었다. 피해자는 2라운드 약 20초만에 수 회 두부에 어퍼컷을 맞아 그 자리에 쓰러졌고, 제대로 된 응급조치를 취하지 못한 채 치매 상태의 지능저하와 경막하 출혈로 인한 우측 편마비 등의 상해를 입게 되었다.

검사는 피고인들이 피해자의 기량, 체중, 건강상태 등을 철저히 확인하지 않은 채 경기에 출전시켰고, 헤드기어 등 보호장구도 제대로 지급하지

않았으며, 응급사태 발생 시 대처할 수 있는 의료진이나 구급장비도 준비하지 않은 과실로 피해자가 상해를 입게 하였다고 보아 피고인들을 업무상과실치상죄의 공동정범으로 기소하였다.²³⁸⁾

(2) 법원의 판단

제1심은 피고인들에게 업무상과실치상죄의 공동정범관계가 인정된다고 보아 유죄를 선고하였다. 원심은 피고인들이 각자의 주의의무 위반과 피해자의 상해 사이에 인과관계가 없다고 다투자 ‘과실범의 공동정범에 관한 법리에 비추어 볼 때 피고인들의 각 단계에서의 주의의무위반이 피해자의 상해의 원인이 된 이상 피고인들이 각 단계에서 전혀 과실이 없다거나 과실이 있다고 하더라도 피해자의 뇌 경막하 출혈 등 상해 발생의 원인이 되지 않았다는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 업무상과실치상죄의 공동책임을 면할 수 없다’고 판시하였다.²³⁹⁾

대향적(對向的) 운동경기의 특성, 특히 격투기경기에서 상대선수의 주먹, 발 등에 의한 머리 공격이 전제(前提)되어 있어 필연적으로 두부 손상 위험성이 상존하는 점, 두부 손상 방지조치로서의 헤드기어 의무착용의 중요성, 사고 발생시 응급치료의 필요성, 격투기경기에서 대회 주최자, 심판, 링세컨(격투기체육관 관장)의 공통된 선수 안전보호의무 등을 과실범의 공동정범에 관한 법리에 비추어 볼 때, 이 사건에서 피고인들이 격투기경기에서 두부 손상 위험성이나 피해자의 경기경험 및 수련기간에 대한 판단을 잘못하거나 이를 경시하여 헤드기어 미착용을 결정하거나 이를 제지하지 아니한 과실, 응급의료진 미대기 상태에서 이 사건 경기를 진행한 과실, 피해자가 상대선수의 하이킥 및 주먹 공격으로 머리에 큰 충격을 받았음에도 곧바로 경기를 중단시키지 아니한 과실 등 각 단계에서의 주의의무 위반이 피해자의 뇌 경막하 출혈 등 상해 발생의 유일한 원인이 되어야 하는 것은 아니며, 위와 같은 과실들이 합쳐지고 여기에다가 주요한 원인인 상대 선수의 가격행위가 더하여져 이와 같은 결과가 발생하였다면, 피고인들이 각 단계에서 전혀 과

238) 검사는 경기의 상대 선수에 대하여는 기소하지 아니하였다.

239) 인천지방법원 2012. 12. 26 선고 2012고단5449 판결

실이 없다거나 과실이 있다고 하더라도 피해자의 뇌 경막하 출혈 등 상해 발생의 원인이 되지 않았다는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 업무상과실치상죄의 공동책임을 면할 수 없다.

이상과 같은 원심의 판단에 대하여 피고인들이 항소하였으나, 항소심 법원 역시 피고인들이 업무상 과실로 피해자를 상해에 이르게 하였으며, 인과관계 등에 관한 원심의 판단에 잘못이 없다고 보아 피고인들을 업무상과실치상죄의 공동정범으로 처단하였다.²⁴⁰⁾

(3) 검토

이 사건에서 제1심은 甲(격투기경기에서 대회 주최자), 乙(심판), 丙(격투기체육관 관장, 링세컨)에게는 공통적으로 ‘선수 안전보호의무’가 존재한다는 점 등을 근거로 공동정범 관계를 긍정한 것으로 보인다. 경기의 주최자인 甲과 심판인 乙 뿐만 아니라 피해자가 다니는 체육관의 관장인 丙에게도 피해자의 안전을 보호하여야 하는 주의의무를 인정할 수 있다고 생각된다. 나아가 이러한 주의의무는 피고인들에게 공통적으로 부여된 것이라고 할 수 있으므로 법원의 결론에 동조하는 입장이다.

다만, 앞서 성수대교 판결에서 검토한 바와 같이 법원은 피고인들이 공동정범관계에 있고 피고인들의 과실이 합쳐져서 결과가 발생한 경우, 피고인들은 ‘각자에게 전혀 과실이 없다거나 과실이 있다고 하더라도 결과 발생의 원인이 되지 않았다는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 공동책임을 면할 수 없다’는 설시를 하고 있는데, 이러한 경우 피고인들에게 공동정범의 관계가 인정되지 않는다는 것인지, 피고인들의 과실 자체가 부정된다는 것인지 명확하지 않고, 인과관계의 입증책임을 피고인들에게 전가한 듯한 인상을 주게되는 문제가 있다고 생각한다.

240) 인천지방법원 2014. 4. 18 선고 2013노154 판결.

4. 제천 화재 사건

(1) 사실관계

2017년 12월 21일 충청북도 제천시에 소재한 스포츠센터 주차장에서 화재가 발생하여 29명이 사망한 사고이다. 피고인 甲은 이 사건 건물의 소유주이고, 피고인 乙은 이 사건 건물의 전반적인 설비 점검, 수리, 유지·보수를 담당하는 시설관리장이며, 피고인 丙은 乙을 도와 건물의 설비 점검, 수리, 유지·보수를 담당하는 시설총괄부장이다. 피고인 丁은 이 사건 건물 1층 카운터에서 손님 안내, 접수, 요금 수납 등의 업무를 담당하는 직원이며, 피고인 戊는 여자 목욕탕에서 세신사로 근무하는 자이다.

사건 당일 피고인 乙은 이 사건 건물 1층 주차장 천장²⁴¹⁾에서 결빙제거 작업을 하는 과정에서 보온등과 정온전선을 계속 켜놓는 등 부주의하게 작업을 진행하여 화재가 처음 발생하였다. 1층 주차장에서 시작된 화재가 순식간에 8층 건물 전체로 번졌고 건물 내부에 있는 수십 명이 빠져나오지 못하는 상황이 되었다. 사건 당시 1층 스프링클러 알람벨브는 폐쇄되어 있었으며, 2층 여자 목욕탕에서 비상문으로 나가는 입구 앞쪽은 선반으로 가려져 있어 비상문으로서의 기능이 상실된 상태였고, 이 사건 건물의 직원들은 화재에 대비한 소방교육과 훈련을 받지 아니하였다.

피고인 甲은 건물의 소유자이자 소방안전관리자로서 소방시설점검을 받은 이후부터는 하자로 지적된 소방시설을 구비하거나 기존의 시설을 점검 및 수리하고, 누전 등으로 인한 화재를 미연에 방지하기 위한 조치를 취하며, 근무자들에게도 화재예방교육 및 화재발생시 대피요령 등을 숙지시켰어야 함에도 이를 위반하였고, 이 사건 화재발생 이후 피해자들에 대한 구호조치를 제대로 취하지도 아니하였다. 피고인 乙과 丙은 이 사건 건물의 시설관리과장 내지 시설총괄부장으로서 이 건물의 누수·누전을 막거

241) 화재발생 약 1주일 전부터 1층 주차장 천장의 누전차단기가 내려가는 일이 반복되고 있었다.

나 건물의 시설이나 소방설비 등을 주의깊게 관리하지 아니하였으며, 사고 발생 이후 피해자들을 위한 적극적인 구호조치를 취하지도 아니하였다.

피고인 丁은 화재발생 사실을 신속히 전파하지 아니하고 비상구와 비상계단 등을 안내하지도 않았으며, 건물을 탈출한 이후에도 피해자들의 구호를 위한 충분한 조치를 취하지 아니하였다. 피고인 戊는 丁으로부터 화재발생사실을 전해 듣고 2층 목욕장 내부에 '불났어요'라고 소리치는 것 이외에 아무런 조치를 취하지 않은 채 이 사건 건물 주계단 1층과 2층 사이에 있는 창문을 통해 탈출하였고, 이 과정에서 목욕탕 안에 있는 피해자들에게 비상구와 비상계단을 통한 탈출을 안내하지도 아니하였다.

검사는 피고인들을 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 기소하였다.

(2) 법원의 판단

제1심은 '피고인 甲, 乙, 丙은 화재 발생 및 화재 피해확산 방지를 위한 업무상 주의의무를, 피고인 丁, 戊는 화재피해 확산 방지를 위한 업무상 주의의무를 게을리하였고, 이러한 피고인들의 공동의 업무상 과실로 인하여 29명의 피해자들이 사망에 이르고, 36명의 피해자들이 상해를 입게 되었다'고 판단하여 피고인들을 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 처단하였다.²⁴²⁾

항소심 법원 역시 제1심과 마찬가지로 '피고인들의 업무상과실이 결합하여 피해자들에 대한 피해가 발생한 이상, 피고인들은 전체 결과에 대하여 공동책임을 져야 한다'고 판단하여 피고인들에게 업무상과실치사상죄의 공동정범 성립을 긍정하였다.²⁴³⁾

242) 청주지방법원 제천지원 2018. 7. 13 선고 2018고합2, 6, 20 판결

243) 대전고등법원 2019. 1. 10. 선고 2018노118 판결

위와 같은 항소심 법원의 판단에 대하여 피고인들이 상고하였으나, 대법원은 원심의 판단에 업무상 주의의무 위반, 인과관계, 예견가능성, 공동정범 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다고 판단하여 피고인들의 상고를 기각하였다.²⁴⁴⁾

(3) 검토

이 사건 피고인들은 이 사건 건물의 소유자 및 건물에서 근무하는 자들로 화재가 발생할 경우 화재피해 확산 방지를 위한 업무상 주의의무를 부담하고 있다.²⁴⁵⁾ 이러한 주의의무는 피고인들에게 공동으로 부여되는 주의의무로서 그 구체적인 내용과 정도에는 차이가 있을 수 있으나 화재 발생시 고객들이 입게 될 피해를 최소화 하기 위하여 피고인들이 각자가 본인이 처한 상황과 여건 하에서 가능한 노력을 다하여 피해를 최소화 하기 위한 노력을 다할 것을 요구한다. 따라서 피고인들의 위와 같은 주의의무는 공동의 주의의무로 볼 수 있다고 할 것이어서 피고인들에게 업무상과 실치사상죄의 공동정범의 성립을 긍정한 법원의 입장은 타당하다고 생각한다.

그러나, 원심 법원이 피고인들에게 ‘화재피해 확산 방지 의무’가 있다고 설치한 것 이외에 피고인들에게 공동정범이 성립하는 이유와 근거에 대하여 구체적으로 언급한 부분을 찾기 어렵다는 점에서 아쉬운 측면이 있다고 생각한다.

244) 대법원 2019. 5. 16 선고 2019도1196 판결

245) 甲, 乙, 丙의 경우 이 사건 건물의 설비와 시설을 관리하는 업무를 담당하므로 화재 발생을 방지하여야 할 의무도 공동으로 가지고 있다.

5. 요양원 환자 사망 사건

(1) 사실관계

甲은 A요양원을 운영하는 자이고, 乙은 위 요양원의 요양보호사로 근무하며 입소한 노인들에게 급식 등의 편의를 제공하는 업무에 종사하는 자이다.

이 사건 요양원은 법정 숫자의 요양사를 채용하기는 하였지만 이들을 3교대로 근무하게 한 관계로 실제로는 법규에서 요구하는 숫자보다 부족한 요양사들만이 배치되어 노인들에 대해 세심한 주의를 기울일 수 없는 상태에서 식사제공이 이루어졌다. 그로 인하여 식사 당시 요양사들이 노인들을 직접 돌보는 상태에서 식사가 제공되어야 하는데 실제로는 제대로 지켜지지 않았다. 이 사건 피해자는 사건 발생 전부터 침을 자주 뱉고 사례도 자주 걸리는 증상을 보였고, 특히 식사 전후로 가래침을 자주 뱉었으며 식사 도중에 이물질이 자주 들려 ‘썉썉’거리는 모습을 보였다.²⁴⁶⁾

사건 당일 피해자가 식사 도중 사례가 들린 듯 기침을 하자 요양보호사 乙은 피해자의 등을 몇 번 두드리고 피해자가 잠시 기침을 멈추자 식사 현장을 이탈하였다. 이후 피해자는 이물질에 의한 기도폐색으로 사망에 이르게 되었다.

(2) 법원의 판단²⁴⁷⁾

항소심 법원은 피고인들이 이미 피해자가 사례가 잘 들리고 작은 음식을 주거나 천천히 음식을 주어도 기침을 한다는 것을 사전에 충분히 인식하고

246) 이 사건 요양원의 요양보호사들은 식사 때마다 피해자의 등을 두드리거나 피해자에게 물을 먹이는 방법으로 밥을 떠먹였으며, 한번은 피해자의 목에 손가락을 넣어 음식물을 빼낸 경우도 있었다. 피해자의 딸은 병원으로부터 “사례가 들릴 수 있으니 식사할 때 주의하여야 한다.”라는 말을 듣고 이 사건 요양원에 그와 같은 취지를 전달하면서 주의해 달라는 요청을 한 적도 있다.

247) 의정부지법 2015. 10. 14. 선고 2014노2767 판결(피고인과 검사 쌍방이 상고하지 아니하여 확정되었다)

있었고, 피고인 甲에게는 이 사건 요양원에 실제로는 법규에서 요구하는 숫자보다 부족한 요양보호사들만이 배치된 점, 요양보호사들에게 노인들을 한 군데 모아 놓고 요양보호사들이 직접 돌보는 상태에서 식사가 제공되고 있는지 여부를 직접 점검하지 아니한 과실이 있으며, 피고인 乙에게는 피해자가 음식물을 제대로 삼키지 못한 채 사례가 들린 듯 기침을 하는 장면을 목격하고도 식사 현장을 떠나는 등 적절한 조치를 취하지 않은 과실이 인정된다고 판단하였다.

항소심 법원은 甲과 乙에게 위와 같은 과실이 존재하고 피고인들의 과실로 인하여 피해자가 사망에 이르게 되었다고 판단하여, 피고인들을 업무상과 과실치사죄의 공동정범으로 처단하였다.

피고인들의 업무상 과실로 인하여 피해자가 사망에 이르렀다면, 비록 피해자의 기왕증이 사망에 어느 정도 영향을 주었다고 하더라도 피고인들의 과실로 초래된 위험이 피해자의 사망이라는 결과에 대한 유력한 원인이 된 이상 인과관계를 부인할 수는 없는 것이므로(대법원 1984. 6. 26. 선고 84도 831 판결 등 참조), 위와 같은 사정만으로 피고인들의 업무상 과실과 피해자의 사망 사이에 인과관계가 존재하지 않는다고 볼 수 없다.

(3) 검토

이 사건 항소심법원은 피고인들 사이에 공동정범이 성립되는 근거에 대하여 전혀 언급하지 아니하고, 피고인들이 당연히 공동정범의 관계에 있다는 전제 하에 피고인들의 주의의무위반과 피해자의 사망이라는 결과 사이의 인과관계를 판단하였다.

결론의 측면에서 피고인 甲의 주의의무 위반(충분한 요양보호사를 배치하여 식사 시간에 적절한 조치가 이루어지게 하여야 할 의무 위반)과 乙의 주의의무 위반(피해자 곁에서 식사가 진행되도록 챙겨야 할 의무를 위반하여 피해자를 방치하고 자리를 이탈)는 동질의 주의의무로 상호 보충

적·연대적이이라고 할 것이어서 피고인들을 업무상과실치사죄의 공동정범 관계로 처벌한 법원의 입장은 타당하다고 생각한다.²⁴⁸⁾ 그러나, 피고인들에게 공동정범이 성립한다고 판단한 근거에 대하여 전혀 언급하지 아니한 부분은 비판받아야 할 측면이 있다.

6. 공연장 환풍기 추락 사건

(1) 사실관계

이 사건은 판교테크노밸리 야외광장에서 공연이 진행되던 중 행사장 밖의 환풍구 철제 덮개가 아래로 떨어지면서 환풍구 위에서 공연을 관람하던 시민들이 추락하여 16명이 사망하고, 11명이 상해를 입은 사건이다.

피고인들은 이 사건 환풍구를 시공한 원청업체 A의 현장소장, 하도급 업체 B의 대표, 재하도급 업체 C의 대표, 시공 과정에서 감리를 담당한 건축사, 그리고 행사를 주관한 언론사 E의 총괄본부장과 이 사건 행사를 공동주관한 경기과학기술진흥원의 본부장 등이다.²⁴⁹⁾ 이 사건 환풍구는 보행자 통로에 위치해 있으면서 화단과 함께 구성되어 사람들이 쉽게 올라갈 수 있는 곳에 설치되었다. 또한, 시공과정에서 상세시공도면과 다르게 설계를 변경하여 시공됨으로써 원래 상세시공도면에 따라 시공되었다면 등분

248) 이와 유사한 사례로 구치소의 교도관인 피고인들이 구치소의 수용자인 피해자가 헛소리를 하고 구토를 하며, 하루 종일 식은땀을 흘리고 온몸을 떨면서 입에서 거품을 내는 등 전신발작을 일으키는 등 심각한 이상징후가 계속 관찰되었는데, 피고인들은 이러한 내용을 보고받고도 상급자 또는 의무과장에게 보고하여 적절한 지시를 받거나, 외부 병원으로 후송하여 전문가인 의사의 진료를 받게하는 등 적절한 조치를 취하지 아니한 채 피해자가 휴식을 취할 수 있도록 하고 혈압 등을 수시로 체크하도록 하는 등의 조치만을 취한 결과 피해자가 외상성 쇼크로 사망한 사건에서 법원은 피고인들을 업무상과실치사죄의 공동정범으로 처벌하였다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2006도3493 판결)

249) 경기과학기술진흥원에서 이 사건 행사의 실무를 담당한 직원은 사고 발생 다음날 ‘최선을 다하였지만 사고가 발생하여 아쉽다’는 취지의 유서를 남기고 투신자살하였다.

포화하중 568~690kgf/m²를 지지할 수 있었음에도 불구하고 그보다 현저히 낮은 하중에도 붕괴될 수밖에 없도록 시공되었다.²⁵⁰⁾ 행사를 주관한 언론사 및 경기관광기술진흥원 관계자는 행사를 준비하고 진행하는 과정에서 이 사건 환풍구에 관한 안전조치를 전혀 취하지 아니하였다.

이러한 상황에서 일반광장 야외무대에서 인기 걸그룹의 축하공연이 시작되자, 사람들이 이 사건 환풍구에 인접한 화단 등을 통하여 아무런 제한이나 제지 없이 환풍구 덮개 위로 올라서서 광장에 설치된 무대에서 행하여지는 축하 공연을 관람하는 상황이 초래되었다. 그 결과 이 사건 환풍구의 하중을 받는 지지대가 붕괴되는 바람에, 그레이팅 위에서 공연을 관람하던 사람들이 수직낙하통로 지하 18.55m 아래 시멘트바닥으로 추락하여 16명이 사망하였고 11명이 상해를 입었다. 검사는 피고인들을 모두 업무상과실치사상죄 등의 공동정범으로 기소하였다.

(2) 법원의 판단

제1심은 이 사건에서 시공업무에 관여한 피고인들의 경우 안전하게 시공하거나 안전조치를 충분히 취할 주의의무를 부담하고, 행사를 주최하는데 관여한 피고인들의 경우 이 사건 환풍기에 관한 안전조치를 취할 주의의무가 있다고 할 것인데, 피고인들은 공동으로 이와 같은 주의의무를 위반하였고, 이러한 주의의무위반이 경합하여 이 사건 사고가 발생하였다고 보아 피고인들이 업무상과실치사상죄의 공동정범에 해당한다고 판단하였다.²⁵¹⁾

과실의 경합

시공관련 피고인들은 이 사건 환풍구의 위치, 주변환경(다수의 사람들이 모이는 일반광장의 경계지점에 있음), 높이 및 위험성(지면으로부터 지하

250) 검사는 위 피고인들 이외에도 이 사건 행사의 무대제작과 연출, 진행, 이벤트 등 행사진행에 필요한 사항을 준비하는 용역업무를 담당한 이벤트업체의 대표에 대하여도 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 기소하였으나, 안전관리에 대한 책임이 인정되지 않아 무죄가 선고되었다.

251) 수원지방법원 성남지원 2016. 1. 11. 선고 2015고단367 판결

18.55m 수직낙하통로의 구조로서 매우 위험한 시설), 일반인의 의식 등에 비추어 건축물의 일상적 또는 비일상적인 사용에 따른 구조안전 등을 위하여 안전하게 시공하거나 안전조치를 충분히 취할 주의의무가 있고, 행사관련 피고인들 역시 이 사건 행사처럼 대규모의 사람들이 모이는 행사를 개최함에 있어 그 행사장 내에 포함될 수 있는 이 사건 환풍구의 일상적 또는 비일상적 사용으로 인한 위험발생 방지 등 안전조치를 취할 주의의무가 있다고 할 것임에도, 위 피고인들은 공동으로 이와 같은 주의의무를 위반하였고, 이러한 주의의무위반이 경합하여 이 사건 사고가 발생하였다고 할 것이다.

제1심에 대하여 피고인들과 검사가 항소하였으나, 항소심은 피고인들에게 주의의무 위반 및 공동정범관계가 인정된다고 판단하여 제1심의 판단을 유지하였다.²⁵²⁾ 대법원 역시 항소심의 판단에 주의의무, 과실범의 공동정범에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다고 하여 피고인들을 모두 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 처벌하였다.²⁵³⁾

(3) 검토

이 사건 사고는 공연장 밖에 위치한 환풍기 위에서 다수의 피해자들이 환풍기 위에 올라가서 공연을 관람하다가 발생한 비극적인 사건이다. 우선적으로 이 사건 환풍기의 시공자체가 충분한 안전기준을 충족하지 못한 채 시공되었고 그 과정에서 감리를 통해 문제가 지적되지 아니하였다는 측면에서 환풍기의 시공에 관여한 피고인들 사이에 공동정범의 관계는 넉넉히 인정된다고 할 것이다.

한편, 이 사건 행사를 주관·시행하는 업무를 담당한 피고인들에 대하여 시공과정에서 주의의무를 위반한 피고인들과 공동정범의 관계에 있다고 볼 것인지가 문제되는데, 필자의 생각에는 이들을 공동정범으로 의율하는 것은 부당하다고 생각한다. 우선, 행사를 준비하고 주관하는 업무를 담당하는 피고인들은 기본적으로 행사 자체의 안전한 진행과 운영에 대한 주

252) 수원지방법원 2016. 8. 26. 선고 2016노650 판결

253) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016도14836 판결

의의무를 담당하는 것이지, 공연장소 밖의 환풍기가 부실하게 시공되었다는 점에 대하여까지 공동의 주의의무를 부담한다고 보기는 어렵다고 생각한다.

이 사건 환풍기를 시공한 피고인들과 이 사건 행사를 주관한 피고인들 사이의 주의의무는 매우 이질적이며 각자의 주의의무들을 연결지을만한 연결고리도 뚜렷하게 보이지 않는다. 그럼에도 불구하고 이 사건에서 법원은 피고인들이 개별적으로 부담하는 주의의무 사이에 어떠한 연관관계가 있는지에 대한 구체적인 설명 없이 피고인들이 공동으로 주의의무를 위반하였다고 판단한 다음 결과에 대한 전부책임을 부과하였다. 이러한 법원의 입장은 처벌의 범위를 지나치게 확장한 것으로서 책임주의원칙에 반하는 측면이 있다고 생각한다.

7. 구의역 스크린도어 사망 사건

(1) 사실관계

2016년 5월 서울 지하철 2호선 구의역 승강장에서 스크린도어를 수리하던 외주업체 E의 직원 A가 출발하던 지하철에 치어 사망한 사건이다. 피고인들은 서울메트로의 사장, 안전관리본부장, 승강안전문관리팀장, 구의역 부역장 및 과장, 그리고 서울메트로와 스크린도어 유지·보수 계약에 따라 이를 이행하는 E회사의 대표이사이다.

이 사건이 발생하기 얼마 전인 2013년 1월과 2015년 8월에도 외주업체의 작업자가 열차에 치어 사망하는 사고가 발생하였다. 이처럼 스크린도어 작업에 관하여 사망사고가 연이어 발생하고 있는 상황에서 이 사건 서울메트로 측 피고인들은 외주 용역업체를 만연히 신뢰하여 작업의 위험요인을 방치하고 있을 것이 아니라 그 위험요인을 제거하고 재해를 방지하기 위하여 2인 1조 작업을 적극 시행·감독하여야 했다. 위 피고인들은 2

인 1조 작업 미준수실태를 인식하고 있었고, 선로측 1인 작업이라는 위험요인을 예견하거나 충분히 예견할 수 있었음에도 필요한 조치를 취하지 아니하였다. 한편, 외주 용역업체인 E회사의 대표이사인 피고인은 수익감소를 우려하여 작업인력을 증원하지 아니하고 실질적인 작업반 정비인력 증원 등의 조치를 제대로 하지 않았다.

그 결과 피해자 A가 구의역 선로 내에서 2인 작업이 필요한 상황이었음에도 혼자 스크린도어 수리작업을 하던 중 역사 내부로 진입하는 열차와 충돌하여 사망에 이르게 되었다.

(2) 법원의 판단

제1심은 피고인들에게 주의의무 위반을 인정하고 피고인들의 주의의무 위반과 이 사건 결과 사이에 인과관계도 긍정된다고 보아 피고인들을 업무상과실치사죄로 처벌하였다.²⁵⁴⁾ 항소심 또한 피고인들에게 주의의무 위반과 결과 사이의 인과관계가 존재한다고 판단하여, 피고인들을 업무상과실치사죄로 처벌하였다.²⁵⁵⁾ 다만, 피고인들 사이에 공동정범관계가 성립하는 이유에 대하여는 전혀 언급하지 아니하였다.

(3) 검토

이 사건에서 법원은 서울메트로의 임직원인 피고인들과 외주업체의 대표이사 사이에 업무상과실치사죄의 공동정범을 긍정하면서도 공동정범 관계를 인정한 구체적인 근거에 대하여 전혀 언급하지 않았다. 따라서 법원이 어떠한 이유로 피고인들 사이에 공동정범 관계를 인정하였는지는 명확하지 않다.

254) 서울동부지방법원 2018. 6. 8. 선고 2017고단1506 판결

255) 서울동부지방법원 2019. 8. 22. 선고 2018노831 판결. 서울메트로의 사장인 피고인이 항소심 판결에 대하여 상고하였으나, 대법원은 원심 판단에 위법이 없다고 하여 상고를 기각하였다(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13257 판결)

이 사건에서 서울메트로 측 피고인들의 경우 구체적으로 담당하는 업무에 따라 주의의무의 내용에 차이는 존재하나 기본적으로 동질의 주의의무를 부담하고 있으며, 동일한 회사의 임직원들로서 각자가 부담하는 주의의무 상호간에 밀접한 관련성이 존재하므로 공동정범으로 의율할 수 있다고 생각한다. 한편, 용역업체 대표이사인 피고인의 주의의무는 기본적으로 직원인 피해자에 대한 안전조치에 대한 것으로 서울메트로 측 피고인들이 부담하는 주의의무와는 질적인 차이가 있으나, 양자는 모두 ‘지하철 스크린 도어 관리’라는 하나의 동일한 목표 아래 단계적으로 밀접하게 연관되어 있다고 할 것이어서 이들을 모두 공동정범으로 의율한 범원의 결론에는 문제가 없다고 생각한다.

제 7 절 소 결

법원은 1962년 ‘그대로 가자 사건’에서 과실범의 공동정범을 긍정한 이래 지금까지 약 60년의 시간 동안 위 법리를 적용하여 처벌의 공백을 메우고, 다양한 사례의 해결과정에서 구체적 타당성을 도모해 왔다. 주의의무의 종류와 내용이 매우 복잡·다양하고, 과실범의 특성상 관여자들 사이의 연결요소를 발견하는 것은 매우 어려운 측면이 있다. 이러한 점을 고려하더라도 법원이 아직까지도 과실범의 공동정범을 판단하는 명확한 기준과 가이드라인을 제시하는데 부족함이 있다고 생각한다. 또한, 과실범의 공동정범이 성립되는 범위를 계속 확장함으로써 수사기관의 부실한 수사 와 그에 따른 무리한 기소를 용인하는 측면도 있다는 생각이다.

법원은 개별 사안에서 초래된 구성요건적 결과(피해)의 정도, 여론의 동향 등 사건 외적인 요소에 따라 과실범의 공동정범 성립여부 및 성립범위를 결정하고 있으며, 상당수의 사안에서 검찰의 기소 내용을 무비판적으로 수용하는 것으로 보인다. 그러나, 이러한 상황은 과실범의 공동정범 성립을 부정하는 견해에서 우려하였던 책임원칙의 위배, 형벌의 부당한 확장의 문제가 현실화 될 우려가 있다.

민사책임의 인정과 달리 형사책임은 형벌을 부과하는 것이기 때문에 더 할 나위 없이 신중하게 적용되어야 하며, 의심스러울 때에는 피고인의 이익을 위하여 해석하는 것이 당연하다. 또한, 과실범의 경우 고의범에 비하여 처벌가치가 높지 않다는 측면에서 공동정범을 통한 가벌성의 확장은 더욱 주의를 기울여야 한다.

우리 판례가 처벌의 공백을 메우고 실제 정의를 실현하기 위한 현실적인 필요에서 과실범의 공동정범 법리를 적극적으로 수용하는 것은 충분히

납득된다. 그러나, 피고인의 방어권 보장과 자기책임 원칙, 형법의 최후수단성 등 이념을 고려할 때 현재 판례의 입장은 개선되어야 할 필요가 있다고 생각한다. 이하에서 앞서 살펴본 판례의 문제점에 대하여 보다 구체적으로 검토하도록 하겠다.

제 4 장 판례의 입장에 대한 비판적 검토

I. 서론

다수의 판례를 통하여 살펴본 바와 같이 과실범의 공동정범 법리는 여러 과실행위가 경합하는 상황에서 인과관계 입증곤란의 문제를 해결하고, 처벌의 공백을 피할 수 있는 유용한 법리로 기능하고 있다. 과실범의 공동정범 법리를 적용하지 아니할 경우 개개의 행위와 결과발생의 인과관계를 일일이 밝혀야 하는 번거로움이 따르고, 인과관계의 입증이 어려울 경우 사회적으로 결코 용납하기 힘든 사회침해적 행위에 대한 가벌성의 누수가 발생할 염려도 존재한다.²⁵⁶⁾ 바로 이러한 이유로 우리 법원 역시 과실범의 공동정범 법리를 폭넓게 인정하여 구체적 타당성을 도모하고 있다.

주의의무를 위반한 다수의 가담자들 사이에 공동의 연결고리가 존재하고, 이들의 주의의무위반과 구성요건적 결과 발생 사이에 밀접한 연관성이 존재할 경우 다수의 가담자들은 과실범의 공동정범으로 처벌되어야 마땅하다. 또한, 누구의 주의의무 위반에 의한 것인지가 밝혀지지 아니하였더라도 밀접하게 관련된 다수의 주의의무 위반이 경합하여 법익이 침해되었다면, 관여된 다수의 과실행위자를 공동정범으로 처벌하는 것 역시 책임주의 원칙에 비추어 무리가 없다고 할 것이다.

과실범의 공동정범을 긍정하는 가장 큰 실익은 구성요건적 결과에 대하여 개개의 과실과 인과관계를 개별적으로 입증하는 것이 아닌 과실의 공동과 결과 사이의 인과관계를 전체적으로 판단하는데 있다. 반면 이 경우 과실행위자의 공동책임을 인정하기 위해 국가가 인과관계의 입증을 위한 노력을 회피하고, 손쉽게 가벌성을 인정하여 형사처벌이 확대될 위험성이

256) 허일태, 앞의 논문, 197, 198면 참고

따르게 된다. 즉, 과실범의 공동정범 논의는 처벌의 공백이 우려되는 상황과 가벌성이 부당하게 확장되는 상황의 충돌 지점에서 어느 쪽의 손을 들어줄 것인지 문제라고 할 수 있다.

앞서 다양한 사례를 통해 우리 법원이 과실범의 공동정범을 적용하여 사안을 해결한 경우를 살펴 보았다. 판결을 검토하는 과정에서 개별 사안에서 법원이 취한 결론이 타당한지 여부를 떠나 몇 가지 아쉬운 부분을 확인할 수 있었다. 우선, 법원이 다수의 과실 행위자들을 공동정범으로 의율하면서도, 공동정범 관계를 인정하여 결과에 대한 전부 책임을 귀속시키는 근거나 이유에 대하여 충분한 판단과 설명을 하지 아니하는 경우가 있었다(II). 또한, 공동정범을 인정하는 기준이 명확하지 않아 구체적 사례에서 개별 법관의 판단에 의존하는 측면이 있었고(III), 과실 및 인과관계 판단에서 체계상 발견되는 문제점도 발견되었다(IV). 덧붙여 고의범의 공동정범과 비교할 때 불균형한 측면과(V), 공동정범 성립 범위가 지나치게 확장되는 등의 문제(VI)도 상당 부분 확인되었다.

이하에서는 위와 같은 항목별로 판례의 입장을 비판적으로 검토함으로써, 책임주의 원칙과 국가의 형벌권 행사를 통한 사법정의 구현의 양 측면이 조화되는 방향으로 과실범의 공동정범 법리가 적용될 수 있도록 의견을 개진하고자 한다.

II. 공동정범 성립 여부에 관한 판단 노력

앞서 검토한 판결 중 상당수는 주의의무를 위반한 다수의 관여자들을 형법 제30조에 따라 공동정범 형태로 처벌하면서, 해당 피고인들을 공동정범으로 처벌하는 이유를 전혀 언급하지 아니하거나, 형식적인 수준의 판단에 그치고 있었다. 검사가 다수의 피고인들을 공동정범에 해당한다고 보아 기소한 경우, 법원이 해당 피고인들이 공동정범의 관계에 있다는 전제에서 개별 행위자들의 주의의무 위반만을 검토하고 결과에 대한 전부 책임을 행위자들에게 귀속시키는 것이다.

구성요건적 결과 및 이와 관련되는 다수인의 과실이 존재하는 경우 과실이 독립적으로 경합(競合)하거나 동시범의 관계에 있는지, 아니면 공동정범의 관계에 해당되는지 여부는 피고인의 형사처벌과 양형에 있어서 매우 중요한 문제이다. 단독 과실범이 병존하는 경우가 아니라 공동정범으로 의율되는 과실 행위자들은 전체적으로 하나의 행위 주체를 구성하고, 이 행위주체의 주의의무위반과 구성요건적 결과 사이의 인과관계는 전체적인 측면에서 한 번에 확정된다. 즉, 공동정범으로 의율되는 개별 과실 행위자들은 인과관계의 판단이 총괄적으로 이루어지기 때문에 원칙적으로 본인의 주의의무 위반과 결과 사이에 인과관계가 없다는 취지로 다룰 수 없게 되는 것이다.

공동정범으로 기소된 피고인의 경우 해당 사안에서 본인에게 과실이 없음을 입증하지 못하는 이상, 공동정범 관계에 있는 다른 관여자들의 주의의무 위반에 따른 결과에 대하여도 책임을 부담하게 된다. 따라서, 법원 으로서는 과실범의 공동정범을 적용하여 여러 과실행위자에게 공동책임을 부담시키고자 할 때에는 마땅히 어떠한 사실인정과 법률적 판단을 근거로 공동정범 관계를 인정하였는지를 판단하여야 할 의무가 있다. 이와 같은 충실한 판단을 통해서만 자기책임 원칙의 예외가 합리적으로 인정될 수 있다.

그럼에도 불구하고, 앞서 검토한바와 같이 상당히 많은 판례들은 개별 행위자들에게 주의의무위반이 인정되는지 여부의 판단에 집중한 나머지, 행위자들 사이에 공동정범 관계가 성립되는 근거를 전혀 실시하지 아니하거나, 형식적인 수준의 판단에 그치고 있었다.

가령, 유치원 통학버스 사건(2017도2312)에서 피고인은 제1심부터 대법원에 이르기까지 다른 피고인들의 과실로 인한 책임을 본인이 부담하는 것이 부당하다는 취지로 다투었다. 이와 같은 피고인의 주장은 실질적으로 다른 피고인들과 본인을 공동정범으로 의율하는 것에 대한 부당성을 주장한 취지로 해석된다. 그렇다면, 법원으로서 피고인과 다른 공동피고인들 사이에 공동정범관계가 인정되는 이유와 근거에 대하여 충실한 검토와 논증을 하여야 한다. 그럼에도 불구하고 위 사건에서 법원은 ‘피고인들의 과실이 경합하여 피해자의 상해라는 결과가 발생하였다’는 형식적인 판단만으로 피고인의 주장을 배척하였다.

한편, ‘성수대교 붕괴사건(97도1740)’에서도 대법원은 교량의 건설에 관련된 관련자들 뿐 아니라 건설 후의 유지·관리 업무의 담당자까지 공동정범의 죄책을 부담하게 하였는데, 건설 관련자들에 대해서는 “성수대교를 안전하게 건축되도록 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었다고 보아야 할 것”이라고 판시하여 과실공동의 인정근거를 제시하지만, 건설 관련자들과 유지·관리 업무의 담당자를 묶어내는 과실공동의 연결 끈은 그 내용이 구체적으로 설명되지 않았다.²⁵⁷⁾ 즉, 성수대교의 건축에 관여하지 아니한 건설 후 유지·관리 업무의 담당자들이 교량의 건축에 관여한 자들과 공동정범으로 의율되는 근거에 대하여는 제대로 된 검토와 설명이 이루어지지 않은 것이다.

과실의 공동정범을 인정하는 것이 다수의 과실범을 처벌하기 위해 인과관계입증을 피해가기 위한 형사정책적 이유에서 출발한 것이라면, 과실의 공동정범으로 지목된 행위자에게 자신의 무죄를 적극적으로 입증할 필요

257) 이승호, 앞의 논문, 163면 참고

와 국가(법원)는 이러한 입증을 진지하게 검토할 의무가 주어진다.²⁵⁸⁾ 법원으로서의 여러 행위자들을 공동정범으로 의율하여 발생한 결과에 대한 전부책임을 귀속시키기 위해서는 이들이 공동정범 관계로 의율되는 이유와 근거에 대하여 상세한 판단을 하여야 할 의무가 있다.

이러한 판단이 전제된 다음에서야 판결의 당사자인 피고인들이 판결에 충분히 납득할 수 있으며, 책임원칙도 충실히 구현할 수 있다고 생각한다.

III. 성립요건 혼재 및 자의적인 판단

1. 과실범의 공동정범 성립요건의 혼재

법원은 고의범의 공동정범이 성립하기 위하여는 다수의 행위자들 사이에 주관적 요건인 공동가공의 의사가 존재하여야 하고, 객관적 요건으로서 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하다는 확립된 입장을 가지고 있다.²⁵⁹⁾ 이에 반하여 과실범의 공동정범에 대하여는 일관되게 그 성립을 긍정하면서도, 어떠한 요건 하에서 그 성립을 인정하고 있는지가 명확하지 않다.

대법원은 앞서 살펴본 ‘그대로 가자 사건’, ‘운전자 동석 사건’ 등 초기의 자동차 운행 사건들과 ‘크림빵 사건’, ‘구포역 열차충돌 사건’, ‘자연분만 중 조산사의 과실로 태아가 사망한 사건’ 등에서는 “2인 이상이 어떠한 과실 행위를 서로의 의사연락 아래 하여 범죄되는 결과를 발생케 한 것이라면 과실범의 공동정범이 성립된다.”고 하여 과실행위자 상호간에 ‘의사의 연락’이 있었는지 여부를 공동정범 성립의 기준으로 제시하였다.

한편, ‘우암 상가아파트 붕괴 사고’에서는 “각자가 협력하여 이 사건 건

258) 김재희, 앞의 논문, 294면 참고

259) 대법원 200.1. 11. 9. 선고 2001도4792 판결 참고

물을 안전하고도 견고하게 신축하여야 할 주의의무가 있었을 뿐만 아니라, 서로 의사를 연락하여 이 사건 건물을 신축하였던 것”이라고 판시하여 ‘공동의 주의의무’와 ‘의사 연락’을 과실범의 공동정범 성립요건으로 언급하였다. 또한, ‘성수대교 사건’, ‘삼풍백화점 붕괴 사건’, ‘고속도로 연쇄충돌 사건’, ‘세월호 사건’, ‘콘서트장 사건’ 등에서 법원은 여러 관여자들에게 공동의 목표와 의사연락이 인정된다는 이유로 공동정범의 성립을 긍정하며, ‘공동의 목표’와 ‘의사연락’을 성립요건으로 제시하기도 하였다.²⁶⁰⁾

대법원은 ‘가습기살균제 피해 사건’에서는 가습기살균제를 제조·판매한 여러 기업의 임직원들에게 “가습기살균제를 사용하는 소비자의 생명·신체에 대한 위험을 방지하기 위하여 원료물질의 안전성을 철저히 검증하고, 가습기살균제에 존재하는 결함으로 발생할 가능성이 있는 위험을 제거·최소화하여야 할 공동의 주의의무가 존재하고 가습기살균제를 소비자들에게 공동으로 제조·판매한다는 인식이 있었다.”고 판시하여 ‘공동의 주의의무’와 ‘공동의 인식’을 공동정범 성립의 요건으로 제시하였다.

한편, ‘마우나 오션리조트 붕괴 사건’의 제1심 법원과 ‘방화대교 사건’의 항소심 법원은 “과실범의 공동정범이 성립하는 경우에는 공동의 목표 아래 각자 분업적으로 역할을 수행하는 가운데 각자의 주의의무 위반행위가 결과발생에 본질적으로 기여하였다면 그에 따라 발생한 전체 결과에 대하여 공동책임을 져야 할 것”이라고 판시하여 개별 과실 행위자의 주의의무 위반이 결과 발생에 ‘본질적으로 기여’하였을 것을 요건으로 언급하기도 하였다.

이처럼 법원은 ‘의사의 연락’, ‘공동의 주의의무’, ‘공동의 목표’와 ‘의사 연락’, ‘공동의 주의의무’와 ‘공동의 인식’ 등 여러 요건을 기준으로 과실범

260) 한편 ‘고속버스 추락사고’ 사건에서 법원은 “과실범의 공동정범은 2인 이상 행위자가 상호의사 연락 하에 과실행위를 공동으로 하거나, 특정한 공동의 목표가 있고 그에 대한 의사연락이 있는 다수인이 저지른 각자의 과실이 합쳐져서 동일한 사고의 원인이 된 경우에 인정된다고 할 것”이라고 판시하여 법원이 실시한 여러 요건을 병렬적으로 실시하기도 하였다(인천지방법원 2012. 1. 19 선고 2011고단1877 판결).

의 공동정범 성립여부를 판단하고 있다. 법원이 개별 사건에 따라 서로 다른 요건을 기준으로 공동정범 성립여부를 판단하게 되면서, 과실범의 공동정범이 쟁점이 되는 경우 법원이 어떤 성립요건을 적용하여 그 인정 여부를 판단하는 것인지 명확하지 않은 문제가 발생한다.

나아가, 법원이 성립요건으로 제시하는 요건들은 ‘의사의 연락’, ‘공동의 인식’²⁶¹⁾ ‘공동의 주의의무’ 내지 ‘공동의 목표’로 분류할 수 있는데, 법원은 위 개념들의 구체적인 의미에 대하여 충분한 설명을 하지 않고 있다. 위와 같은 추상적 개념들이 성립요건으로서 구체적으로 무엇을 의미하는지, 각각의 개념 사이에 어떠한 의미 차이가 있는지도 명확하지 않다. 법원이 성립요건으로 제시한 ‘의사의 연락’, ‘공동의 의사’, ‘공동의 목표 내지 주의의무’ 등 개념은 추상적인 의미만을 가지고 있으므로 법원의 판결을 통해 가능한 범위에서 구체화 되어야 할 필요가 있다.²⁶²⁾ 특히, 위와 같은 개념을 통하여 공동정범 성립을 인정함으로써 형사처벌의 대상을 확대하고 있는 이상, 법원으로서의 개념의 의미를 가능한 구체화하여 법적 안정성과 예측가능성을 담보하여야 할 책임이 있는 것이다.

고의범의 경우에는 고의의 공유라는 핵심 고리가 있기 때문에 공동수행의 내용을 설정하는 작업이 쉽게 진행되지만, 과실범처럼 범죄의사가 없는 범죄유형에서는 행위자들을 연결시키는 공동분모를 마련하는 작업이 어려울 수밖에 없음은 앞서 살펴본 바와 같다. 이러한 개념 특성상 한계와 현실적 어려움을 고려하더라도, 법원이 과실범의 공동정범을 적용한 지 60년이 경과한 현 시점에서, 공동정범 성립에 관하여 명확한 요건을

261) 세월호 판결 중 함장의 구조의무가 문제된 사건에서 제1심(광주지방법원 2015. 2. 11. 선고 2014고합436 판결)은 “구조작업을 수행한 피고인과 전복의 원인을 제공한 해운사와 고박업체의 관계자들, 선박검사원 및 승객들을 유기한 세월호의 선장 및 선원들 사이에 승객들의 사망에 대한 의사연락 또는 공동의 의사가 있다고 할 수 없으므로, 피고인과 위 사람들 사이에 공동정범이 성립할 수 없다.”고 판시하여 의사연락과 공동의 의사를 사실상 같은 개념으로 실시하고 있다.

262) 가령, 법원은 고의범의 공동정범 성립요건으로서 요구되는 ‘공동가공의 의사’를 “공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다”고 해석하여 개념의 의미를 구체화 한다.

제시하지 못하고 있는 점은 상당히 아쉬운 측면이 있다고 생각한다.

2. 성립요건 혼재에 따른 자의적인 판단

법원은 과실범의 공동정범이 문제된 다양한 사건에서 여러 성립요건을 기준으로 그 인정여부를 판단하고 있다. 그로 인하여 공동정범 성립여부의 판단이 법관의 자의적 판단에 의존하는 결과 법적 안정성과 예측가능성이 저해되는 문제가 있다.

가령, ‘선임탑승자 무단횡단 사건’에서 대법원은 선임탑승자가 운전병에게 무단횡단의 경로를 택하도록 지시하여 열차와 충돌사고가 발생하였으나 피고인들 사이에 의사연락이 없었다는 이유로 선임탑승자에게 공동정범의 죄책을 인정하지 아니하였다. 이에 반하여 ‘선임탑승자 음주운전 사건’에서는 대법원은 선임탑승자와 운전자 사이에 의사연락을 인정하여 공동정범의 죄책을 긍정하였다. 그런데, 오히려 대법원이 공동정범의 성립요건으로 제시한 과실범 사이의 의사연락은 전자의 경우에 보다 확실하게 존재하는 것이 아닌지 의문이 있다.²⁶³⁾ 대법원은 ‘열차 충돌 사건’에서는 정기관사와 부기관사 사이에 열차 퇴행에 관한 상호 합의가 인정된다고 보아 의사연락이 있었음을 이유로 과실범의 공동정범 성립을 긍정하였는데, 이 경우 위의 ‘선임탑승자 무단횡단 사건’과 피고인들 사이의 ‘의사연락’의 측면에서 어떠한 차이가 있는 것인지 이해되지 않는다.

이와 같은 법원의 판단에 대하여 “과실공동의 인정범주가 신축(伸縮)하는 배경에는 구체적인 사안이 지니는 특수 상황 및 요소들이 개재해 있는 것도 사실이다. 즉, 전자의 범주 확대에는 선임탑승자가 운전사와의 음주를 주도하였을 뿐 아니라 음주상태에서의 운전을 운전사에게 지시하였다

263) 이승호, 앞의 논문, 161면

는 점이 과실공동 인정의 적극요소로 작용하였을 것이고, 그에 덧붙여서 음주운전의 엄단이라는 정책적 판단도 고려되었을 것으로 생각된다. 아울러 과실공동을 부정한 후자의 판결에서는 사고가 운전사의 운전미숙으로 지프차의 앞바퀴를 배수로에 빠뜨림으로써 발생된 것이라는 법원의 사실 판단이 발견된다. ..(중략).. 하지만 양 사건에서 보이는 이러한 특수 상황 및 요소들에 대한 고려는 자칫 ‘과실공동’이라는 성립요건의 본질적 내용을 형해화(形骸化)할 우려가 있는 것으로 생각된다.”는 비판이 제기된다.²⁶⁴⁾

법원은 과실범의 공동정범 성립의 기준이 되는 요건을 단일하게 한정하지 아니하고, 추상적인 의미만을 갖는 여러 개념들을 구체적인 사례에 따라 선택적으로 적용함으로써 사안의 구체적 타당성을 도모하려는 것으로 보인다. 이를 통해 상당수의 사건에서 처벌의 부당한 공백을 피할 수 있는 장점이 존재하는 것은 사실이나, 일부 사안에서는 합리적 의심이 없을 정도로 피고인들의 혐의가 입증되지 아니하였음에도 처벌이 이루어져 가벌성이 부당하게 확장되는 문제가 있다.

성립요건을 가능한 구체적으로 정립해 놓지 않을 경우 개별 사건의 결론이, 해당 사건의 판결을 담당하는 법관의 판단에 의존하게 됨으로써, 개별 법관의 가치관과 양심, 성향에 따라 서로 다른 결론이 도출될 가능성이 농후하다. 이러한 상황은 실질적으로 과실범의 공동정범 요건을 형해화 시키고, 성립여부의 판단을 오로지 법관의 자의(恣意)에 맡기는 문제를 초래할 위험이 있다.

264) 이승호, 앞의 논문, 161면

IV. 인과관계 판단의 오류

1. 인과관계의 개별적 판단 오류

다수의 행위자들에게 각각 과실이 존재하고 이들의 범행형태가 공동정범으로 인정되는 경우, 공동정범으로 연결되는 전체 과실행위들과 발생한 결과 사이의 인과관계는 종합적으로 판단되어야 한다. 즉, 수 개의 과실행위를 전체적으로 하나의 행위로 보아 발생한 결과와의 사이에 인과관계가 있는지 여부를 한 번에 판단하게 된다. 따라서, 다수의 행위자가 공동정범으로 의율되는 경우 각각의 행위자들의 개별 과실과 결과 사이의 인과관계는 원칙적으로 더 이상 범죄성립을 판단함에 있어서 고려요소가 되지 않는다.

그럼에도 불구하고 상당수의 판례들은 행위자들을 공동정범으로 의율하면서도, 행위자들의 개별 과실과 결과 사이의 인과관계 유무를 판단하는 오류를 범하고 있다. ‘횡격막 탈장 오진 사건’의 제1심 및 항소심 법원은 재판 과정에서 피고인 3인이 모두 본인에게 과실이 없으며 과실이 있다고 하더라도 결과와는 인과관계가 인정되지 않는다는 취지로 다투자, 개별 피고인들 별로 그 주장을 받아들이지 않는 이유를 설시하면서 과실의 존재와 결과 사이의 인과관계가 인정된다고 판단하였다.²⁶⁵⁾ 그러나, 피고인들을 공동정범으로 의율하여 처벌하는 이상, 피고인들의 과실과 결과 사이의 인과관계는 종합적으로 판단되어야 할 것이지, 개별적으로 판단되어서는 아니 된다. 피고인들 각각의 과실과 결과 사이의 인과관계 유무를 판단하는 것은 피고인들 각자가 단독정범으로 기소되었을 경우의 문제이지, 공동정범으로 기소된 경우는 이에 해당되지 않는다.

이러한 판례의 태도는 ‘정기용선자 적재물건 추락 사건’에서도 동일하게 발견된다. 이 사건에서 항소심 법원은 사고 발생의 원인을 판단하면서 피

265) 수원지방법원 성남지원 2018. 10. 2. 선고 2016고단4090 판결; 수원지방법원 2019. 2. 15. 선고 2018노6435 판결

고인들의 업무상 과실을 각각 나누어 실시한 다음, 결과 사이의 인과관계 유무를 개별적으로 판단하였다.²⁶⁶⁾ 이 사건 법원이 피고인들에 대하여 공동 정범 관계에 있다고 판단한 이상, 피고인들의 주의의무위반과 결과 사이의 인과관계는 전체적인 측면에서 판단되어야 한다. 그럼에도 불구하고 항소심 법원은 개별 피고인들 별로 인과관계를 판단한 잘못이 있는 것이다.

2. 인과관계 입증책임 전가 문제

한편, 다수의 사례들(‘성수대교 붕괴 사고’, ‘세월호 침몰 사고’, ‘격투기 선수 상해 사건’ 등)에서 법원은 여러 단계에서의 과실이 겹쳐져 결과가 발생한 경우 각 단계에 관여한 피고인들로서는 ‘각자에게 전혀 과실이 없다거나 과실이 있다고 하더라도 결과 발생의 원인이 되지 않았다는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 공동책임을 면할 수 없다’는 취지의 판시를 하였다.

위 판시를 문언 그대로 해석할 경우 구성요건적 결과가 여러 단계를 거쳐 발생하였을 경우 각 단계의 행위자들은 원칙적으로 공동책임을 부담하되, 개별적으로 본인에게 과실이 없음을 입증하거나 또는 과실이 있더라도 본인의 과실과 결과 사이에 인과관계가 없음을 입증함으로써 책임을 면할 수 있다는 취지로 이해된다.

그런데, 구성요건적 결과가 여러 단계에서의 과실이 더해져 발생하였다는 사정만으로 개별 행위자들이 원칙적으로 공동책임을 부담하되, 본인에게 책임(과실 또는 인과관계)이 없음을 입증함으로써 책임에서 벗어날 수 있다는 것은 검사가 입증책임을 부담하는 형사법의 기본 원칙²⁶⁷⁾과 맞지

266) 부연하여 설명하자면, 항소심 법원은 ‘피고인들의 과실로 인하여 이 사건 사고가 발생하였다’고 판단한 것이 아니라, ‘피고인 甲의 업무상 과실로 이 사건 사고가 발생하였다.’와 ‘피고인 乙의 업무상 과실로 이 사건 사고가 발생하였다.’고 병존적으로 서술하고 있다.

267) 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001도2823 판결 “형사재판에서 공소제기된 범죄사실에 대

않다. 또한, 공동정범의 경우 인과관계의 판단은 여러 과실행위자의 과실을 종합적으로 고려하여 전체적으로 이루어진다는 점에서도 이러한 판례의 태도는 납득하기 어려운 점이 있다.²⁶⁸⁾

법원은 단독 과실범의 인과관계 유무를 판단할 때 피고인이 적절한 주의의무를 다하였다면 결과가 발생하지 아니하였음을 검사로 하여금 입증하도록 하고 있다.

응급조치를 제대로 실시하지 아니한 과실이 있고 그로 인하여 피해자가 사망하였다고 인정하려면 적절한 응급조치가 취하여졌더라면 그가 사망하지 아니하였을 것임이 입증되어야 한다.²⁶⁹⁾

그럼에도 불구하고, 법원은 과실범의 공동정범이 문제되는 몇몇 사례에서 인과관계의 입증책임을 피고인에게 전가하는 오류를 범하고 있는 것이다. 이러한 비판과 같은 취지에서 “입증책임의 완화는 입증책임을 전환으로까지 완화되기도 하는데, 예컨대 ‘성수대교 붕괴사고’에서 판례는 “성수대교와 같은 교량이 그 수명을 유지하기 위하여는 건설업자의 완벽한 시공, 감독공무원들의 철저한 제작시공상의 감독 및 유지·관리를 담당하고 있는 공무원들의 철저한 유지·관리라는 조건이 합치되어야 하는 것이므로, 위 각 단계에서의 과실 그것만으로 붕괴원인이 되지 못한다고 하더라도, 그것이 합쳐지면 교량이 붕괴될 수 있다는 점은 쉽게 예상할 수 있고, 따라서 위 각 단계에 관여한 자는 전혀 과실이 없다거나 과실이 있다고 하여도 교량붕괴의 원인이 되지 않았다는 등의 특별한 사정이 있는 경우

한 입증책임은 검사에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다 할 것이다.”

268) 한정환, 앞의 논문, 161면은 “구조물의 용접을 불량하게 했다고 해도 다리붕괴에 아무런 영향을 주지 않았다는 사실이 증명된 경우 즉, 용접불량과 다리붕괴사이에 인과관계가 없으면 용접한 자는 제17조 등에 의하여 과실범으로 처벌되지 않는다. 이 경우는 과실 책임에서 배제되는 ‘특별한 사정’에 해당되는 경우’로 이러한 판례의 태도를 수긍할 수 있다”는 입장이다. 그러나, 실제 수사 및 재판과정에서 과실행위자가 본인의 과실과 결과 사이에 인과관계가 없다는 점을 입증하는 것은 사실상 불가능에 가깝고, 인과관계의 입증책임은 검사가 부담한다는 원칙에 비추어 동의하기 어렵다.

269) 대법원 2002. 4. 9. 선고 2001도6601 판결

를 제외하고는 붕괴에 대한 공동책임을 면할 수 없다'고 설시함으로써 자신의 귀책사유가 없다는 특정한 사정을 가담자들이 직접 입증할 것을 요구하는 듯한 인상을 준다.”는 지적도 제기된다.²⁷⁰⁾

V. 고의범의 공동정범과의 불균형

고의는 구성요건의 실현을 인식·의욕함에 반하여, 과실은 행위자의 부주의로 법익침해의 결과를 야기하는 것이기 때문에 불법 및 책임의 정도가 고의에 비하여 낮다. 우리 형법 역시 이러한 특성을 고려하여 과실행위는 일부의 특별한 경우에만 처벌대상으로 하고 있다. 또한, 과실에 의한 방조 내지 교사는 개념 및 구조상 있을 수 없기 때문에 과실과 과실이 결합할 경우 공동정범의 관계를 구성하거나 각자가 단독 과실정범에 해당하게 된다.

법원은 다수인의 고의로 범죄를 저지른 경우 공동정범이 성립하기 위하여 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건인 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하다고 한다. 즉, 개별 행위자들 사이에 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 요구하는 것이다. 개별 행위자에게 이러한 행위지배 요건이 충족되지 아니할 경우 경우에 따라 방조범 등으로 처벌될 수 있을 뿐 공동정범으로 처벌될 수는 없다.

영업활동에 지배적으로 관여하지 아니한 채 단순히 영업자의 직원으로 일하거나 영업을 위하여 보조한 경우, 또는 영업자에게 영업장소 등을 임대하고 사용대가를 받은 경우 등에는 같은 법 제45조 위반에 대한 본질적인 기여를 통한 기능적 행위지배를 인정하기 어려워, 이들을 방조범으로 처벌할 수 있는지는 별론으로 하고 공동정범으로 처벌할 수는 없다.²⁷¹⁾

270) 김유근, 앞의 논문, 215-216면

271) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010도11631 판결

법원의 일관된 입장에 의할 때 고의범의 공동정범이 성립하기 위하여 요구되는 공동가공의 의사는 “타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고, 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위해 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것”이어야 하고, 객관적 측면에서 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 인정되어야 하는 것이다. 결과적으로 고의범의 공동정범이 성립하기 위하여는 공동정범은 기능적 행위지배에 따라 각자가 역할분담(役割分擔)에 따라 전체계획의 수행에 필요불가결한 부분을 분업에 의하여 공동으로 수행한 경우에 해당하여야 한다.

이에 반하여 과실범의 경우 앞서 살펴본 다수의 판결에서 법원은 공동정범 여부를 판단함에 있어 고의범에 비하여 재량의 여지가 많고, 비교적 용이하게 판단하는 것으로 보인다. 심지어 상당수 판결에서는 공동정범으로 의율되는 다수의 과실행위자들에 대하여 개별적인 과실유무에 대한 판단만 이루어지고, 이들이 공동정범에 해당하는 이유에 대하여는 전혀 언급하고 있지 않다. 검사가 다수의 과실 행위자들을 공동정범으로 기소한 경우, 법원이 여러 과실행위자들의 공동정범 성립여부에 관한 비판적인 판단 없이 손쉽게 공동정범 성립을 긍정하고 있는 것은 아닌지 의문이다.

고의범에 비하여 과실범은 그 처벌의 필요성이 적고, 범행에 대한 공모가 없어 공동정범으로 연결되는 연결고리가 비교적 희미하기 때문에 과실범의 공동정범의 판단은 고의범의 공동정범의 경우보다 오히려 엄격하게 이루어져야 한다. 그럼에도 불구하고 법원이 고의범의 경우에 비하여 완화된 요건을 통하여 추상적인 포섭과 검토만을 거쳐 손쉽게 다수의 피고인들을 공동정범으로 의율하는 것은 문제가 있다. 고의범의 공동정범에 있어 요구되는 ‘본질적인 기여를 통한 기능적 행위지배’는 과실범의 공동정범 판단에서 요구되지 아니하며, 상당수의 판결들은 오히려 과실 및 인과관계에 대한 입증책임을 피고인에게 전가시키고 있다.

다수의 행위자들에게 공동정범에 의한 전부책임을 부담시키기 위하여는 과실범의 경우 고의범에 비하여 보다 엄격한 성립요건과 해석 하에 공동정범의 성립을 인정하여야 할 필요가 있다. 이와 같이 해석하는 것이 과실범의 특성과 자기책임의 원칙에 비추어 바람직하다고 할 것이다.

VI. 공동정범 성립범위의 부당한 확장에 따른 문제

1. 공동정범 성립범위의 한계 부재

법원은 1962년 ‘그대로 가자 사건’ 판결을 통해 과실범의 공동정범을 인정한 이래 계속하여 공동정범의 성립 범위와 대상을 확장하여 왔다. 사회의 복잡 다변화로 다양한 유형의 과실이 새롭게 등장하고, 다양한 방식으로 결합됨으로써 공동정범으로 의율되는 대상이 확장되는 것은 일응 불가피한 현실로 보인다.

검찰은 수사기관의 본질적인 특성상 가능한 다수의 과실범을 공동정범으로 의율 하고자 한다. 앞서 살펴본 ‘고속도로 연쇄충돌 사건’의 예에서 알 수 있듯이 검사는 인과관계 입증곤란을 회피하고 처벌의 공백을 최소화 하기 위하여 적극적으로 가능한 다수의 자들을 과실범의 공동정범으로 기소하고 있다.²⁷²⁾

이러한 상황에서 법원은 처벌의 부당한 확장을 방지하고 자기책임의 원칙이 침해되지 않도록 엄격한 요건과 해석을 통하여 과실범의 공동정범 법리를 적용하여야 할 책무가 있다.²⁷³⁾ 그러나, 앞서 살펴본 바와 같이 상

272) 고속도로에서 광역버스 운전기사가 졸음운전으로 사고를 내 2명이 숨지고 16명이 다친 사건에서 경찰은 해당 광역버스의 운전기사와 함께 광역버스가 소속된 운수업체의 대표이사와 전무이사에 대하여 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 구속영장을 신청하였다(2017. 8. 7. 연합뉴스 기사 “졸음운전 오산교통 경영진에 책임”...과실치사상 공동정범 영장, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20170807084400004?input=1195m>)

당수의 판결에서 법원은 과실범의 공동정범 법리를 손쉽게 활용하여 다수의 피고인들을 정범으로 처벌하고 있다.

구체적으로 우리 법원이 과실범의 공동정범 법리를 통하여 처벌의 대상과 범위를 확대해 온 경향을 살펴보면 다음과 같다.

법원은 초기 ‘우암상가아파트 붕괴사고(94도35 판결)’에서 건물의 부실한 시공의 원인을 제공한 건축 설계자와 건설사의 대표이사를 공동정범으로 처벌하였다. 이후 ‘삼풍백화점 붕괴사고(96도1231 판결)’에서는 “건축물의 안전을 위해서는 여러 영역에 걸친 주의의무 이행이 필요하다”고 하면서, 건축계획의 수립과 건축설계 및 건축공사공정 그리고 건물완공 후의 유지관리의 업무에 책임 있는 자들을 모두 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 의율하였다.

이후 법원은 ‘성수대교 붕괴 사고(97도1740 판결)’에서 “교량과 같은 건조물이 그 수명을 유지하기 위하여는 건설업자의 완벽한 시공, 감독공무원들의 철저한 제작시공상의 감독 및 유지·관리를 담당하고 있는 공무원들의 철저한 유지·관리라는 조건이 합치되어야 하는 것”이라고 판시하며 건설회사의 제작 책임자와 교량공사 현장감독 뿐만 아니라 발주 관청 및 관리 감독을 담당하는 서울시의 담당 공무원까지 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 처벌하였다.²⁷⁴⁾

273) 특히, 인과관계 입증곤란을 사유로 과실범의 공동정범 법리를 적용하는 경우 법원은 마땅히 공동정범의 성립범위를 엄격하게 해석하여야 한다. 인과관계가 입증하기 어렵다는 사정은 실제로는 누군가의 과실로 인하여 결과가 발생하였고 다른 누군가의 과실은 결과의 발생에 영향을 미치지 아니한 경우라고 할 것인데, 이때 인과관계가 정상적으로 입증되었다면 결과발생에 영향을 미치지 아니한 과실을 범한 자는 처벌되지 아니하였을 것임에도 불구하고, 과실범의 공동정범 법리로 인하여 처벌되기 때문이다.

274) 판례가 실시한 바와 같이 교량과 같은 건조물이 그 수명을 유지하기 위하여는 건축물을 사용하는 사람들이 건축물을 그 정해진 용도에 맞게 사용하여야 할 의무도 요구된다고 할 것인데, 그렇다면 건축물을 용도와 달리 무리하게 사용한 임차인이 있다고 가정할 경우 그 임차인에게도 건축의 설계, 시공, 감리, 감독자들과의 공동정범 관계를 인정할 수 있다는 것인지 의문이다.

‘가요콘서트 공연장 사고(2006도5388 판결)’에서는 피고인들에게 ‘콘서트 프로그램의 녹화공연을 사고 없이 안전하게 실행하여야 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있다’고 판단하여 축제를 개최한 지방자치단체의 단체장과 담당 공무원들, 콘서트의 담당 프로듀서, 경비업무를 진행한 경비업자를 모두 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 처벌하였다.

이후 ‘가습기 살균제 피해사건(2017도13628 판결)’에서 법원은 “동일한 물질을 원료물질로 하는 가습기살균제의 개발·제조·판매에 관여한 피고인들은 가습기살균제를 사용하는 소비자의 생명·신체에 대한 위험을 방지하기 위하여 원료물질의 안전성을 철저히 검증하고, 가습기살균제에 존재하는 결함으로 발생할 가능성이 있는 위험을 제거·최소화하여야 할 공동의 주의의무를 부담하고 ...(중략)... 대량 생산과 대량 소비를 특징으로 하는 현대 산업사회에서는 경쟁관계에 있는 복수의 제조업자가 동일한 유형의 제품을 제조·판매하고 소비자가 시중에 유통되는 여러 종류의 제품들을 사용하는 것이 당연히 예정되어 있으므로, 피고인들로서는 위 각 가습기살균제를 소비자들에게 공동으로 제조·판매한다는 인식이 있었다”고 판단하여 동일한 유형의 제품을 제조·판매한 서로 다른 회사의 임직원들을 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 처단하기에 이르렀다.²⁷⁵⁾

법원은 상당수의 사건에서 검사가 공동정범으로 기소한 대부분의 피고인들을 공동정범에 해당한다고 판단하고 결과에 대한 전부책임을 귀속시켰다. 법원이 이와 같이 판단한 배경에는 과실범의 공동정범이 문제되는 대부분의 사례가 우리 사회에 비극적인 결과를 초래한 사건이라는 특성이 고려된 것으로 보인다. 책임자들을 엄중하게 처벌할 것을 요구하는 사회적 관심이 존재하고, 사고 관련자들을 엄벌하여 비극적인 사고가 재발하지 않도록 경고하고자 하는 측면도 공동정범의 성립을 인정함에 있어 어

275) 이러한 판례의 입장에 따르면 현대 산업사회에서 경쟁관계에 있는 복수의 제조업자가 동일한 유형을 제조·판매하는 경우는 수없이 많다고 할 것인데, 특정한 유형의 제조물에 결함이 발생하여 이로 인하여 구성요건적 결과가 초래된 경우 수많은 제조·판매업자들이 모두가 공동정범관계에 있다고 할 것인지 의문이다.

는 정도 영향을 주었을 것으로 생각된다.

그러나 우리 법원이 계속하여 공동정범으로 의율하는 대상과 범위를 확장하면서도, 성립요건을 명확하게 정립하지 못하고 개별 사안에 따라 다른 기준을 적용함으로써 법적 안정성과 예측가능성, 그리고 피고인의 방어권 행사에 장애가 초래되는 문제가 존재한다.

앞서 언급한 바와 같이 공동정범의 성립 여부는 “범죄실현의 전 과정을 통하여 각자의 지위와 역할, 공범에 대한 권유내용 등을 구체적으로 검토하고 이를 종합하여 위와 같은 상호이용의 관계가 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되어야 하며, 그와 같은 입증이 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다”고 할 것이다.²⁷⁶⁾ 과연, 여러 과실행위자를 공동정범 관계로 처벌한 사건들에서 공동정범으로 의율되는 ‘피고인들의 상호이용 관계가 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명’되었다고 볼 수 있는지에 대하여는 의심을 지울 수 없다. 법원이 수인(數人)의 과실로 다수의 생명과 신체에 침해를 야기한 사건들에 대하여 의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게, 즉 ‘in dubio pro reo’ 원칙이 아니라, ‘의심스러운 때에는 피고인에게 불리하게’ 해석하여 온 것이 아닌지 생각된다.

이러한 상황에서 과실범의 공동정범을 부정하는 입장에서 과실범의 공동정범 성립을 비판한 배종대 교수의 지적은 참고할 만하다.²⁷⁷⁾

과실범의 공동정범도 사후적으로 도저히 용납할 수 없는 그리고 여러 사람이 관여한 ‘중대한 결과’로부터 출발한다. 그리고 연역적으로 처벌할 수 있는 수단을 찾아 나선다. 이 정책적 필요에 형법 제30조를 껴맞춘 것이 과실범의 공동정범이론이다. (중략) 그리고 ‘성수대교’와 ‘삼풍백화점’의 경우처럼 형법이 실패한 행정을 사후에 무마시켜주는 수단으로 악용되는 데 도움

276) 대법원 2005. 3. 11. 선고 2002도5112 판결

277) 배종대, 앞의 논문, 18-19면 참조

을 주고 있다. 관련자들을 아무리 과실범의 공동정범으로 교도소에 집어넣어도 수백 명의 희생자는 돌아오지 않는다. 사고가 발생하기 전에 백화점과 다리가 무너지지 않도록 행정감독을 강화하는 구조정책이 우선되어야 한다. 유감스럽게도 형법은 거기에 도움이 되지 않는다.

공동정범으로 기소된 피고인 모두를 하나의 공동정범으로 연결하는 것이 책임주의 원칙에 위배될 소지가 있거나, 판단 과정에서 무리한 논리비약이 이루어질 경우, 법원은 마땅히 공동정범 관계가 아닌 단독정범으로 의율하여 개별적으로 과실과 결과 사이의 인과관계 유무를 판단하여야 할 것이다.²⁷⁸⁾ 그리고, 단독정범으로 보아 과실 및 인과관계 유무를 판단하였으나, 혐의가 입증되지 않을 경우에는 범감정의 요청에도 불구하고 처벌의 흠결을 감수하는 것이 법원의 역할이라고 생각된다.

2. 부실한 수사 및 공소제기의 방임

법원이 과실범의 공동정범의 인정 범위를 무리하여 확장할 경우 우려되는 다른 문제는 이로 인하여 수사기관의 불성실한 수사 및 공소제기가 용인될 수 있다는 점이다.

다수의 과실범을 각각 단독정범으로 기소하는 경우 검사는 마땅히 피고인들 개별적으로 과실과 결과 사이의 인과관계를 입증하여야 하나, 이들을 공동정범으로 기소할 경우 피고인들 전체를 하나로 보아 전체적인 인과관계의 입증으로 충분하게 된다. 따라서, 수사기관의 입장에서는 공동정범으로 기소하는 것이 인과관계 입증의 어려움을 회피하는 매우 유용한 수단이 될 수 있는 것이다.²⁷⁹⁾

278) ‘인명구조 책임자인 해양경비정 함장에 관한 사건(2015도11610 판결)’에서 법원은 세월호에 전복 사고가 발생한 이후 비로소 현장지휘관으로 승객 구조작업에 참여하게 된 피고인의 경우 세월호의 선장 및 선원, 해운사의 임직원들과 같은 공동의 목표와 의사연락이 있다고 인정할 수 없다고 하여 공동정범 성립을 부정하였고, 피고인을 업무상 과실치사상죄의 단독정범으로 보아 피고인의 과실과 결과 사이의 인과관계 유무를 개별적으로 판단하였다.

그런데 이로 인하여 수사기관의 부실한 수사와 불성실한 공소제기가 용인되는 문제가 발생할 가능성이 있다. 수사기관으로서는 피고인들이 공동정범 관계로 의율될 경우 개별적으로 인과관계를 입증할 필요가 없기 때문에 전체적인 관점에서 피고인들에게 개별적으로 과실이 있는지 여부만을 입증하면 사실상 결과에 대한 전체 책임을 피고인들에게 귀속시킬 수 있다고 판단하게 된다. 그 결과, 보다 면밀하고 철저한 수사를 통해 실제로는 개별 과실과 결과 사이의 인과관계의 입증이 가능함에도 인과관계를 밝혀내지 못한 경우가 발생하여, 실제로는 인과관계가 없어 처벌되지 않아야 하는 자가 부당하게 처벌받게 될 가능성도 존재한다.²⁸⁰⁾

또한, 대부분의 판결에서 피고인들 사이에 공동정범관계가 성립하는 근거에 대하여 자세하게 판단이 이루어지지 않다보니, 검사가 공소를 제기할 때에도 피고인들의 개별적인 주의의무 위반에 대하여만 자세하게 서술할 뿐, 피고인들의 과실이 어떠한 측면에서 유기적으로 결합하여 공동정범의 관계가 구성되는지, 결과에 대한 관계에 있어 어떠한 관련성이 있는지에 대하여는 충분히 언급되어 있지 않다.

과실범의 공동정범이 문제된 대부분의 사례에서 검찰의 공소장을 살펴보면 개별 피고인들의 과실을 순차적으로 나열한 다음 “위와 같은 피고인들의 과실이 경합하여 피해자의 사망이라는 결과가 발생하게 되었다”거나 “피고인들의 위와 같은 공동의 과실로 피해자가 사망하게 되었다”는 식으

279) 앞서 ‘고속도로 연쇄충돌 사건(2005도8822 판결)’에서 검사는 제1심에서 각각 단독정범으로 기소된 피고인들 중 1인에게 인과관계가 없음을 이유로 무죄가 선고되자, 항소심에서 피고인들이 공동정범 관계에 있다고 보아 공소장 변경을 신청하였는데 이 경우가 바로 수사기관이 인과관계 입증을 공동정범의 법리를 통해 회피하고자 하는 사례이다.

280) 배종대, 앞의 책, 425면은 과실범의 공동정범을 부정하는 전제에서 아래와 같이 지적한다. “과실범의 미수로 불가벌이 되는 것을 방지하기 위해서는 사고의 원인된 행위를 판명하는 노력이 있어야 한다. 이 부담은 궁극적으로 법원과 검찰이 져야 한다. 그럼에도 그러한 논증의무 해태의 책임을 업무상과실치사상죄를 인정함으로써 피고인들에게 전가하고자 하는 태도는 결코 정당화 될 수 없다고 할 것이다. 이와 같은 근거 없는 처벌의 경우에는 이러한 상황에서 처벌받는 당사자나 제3자는 그 형벌이 정당하다고 인정할 사람이 없으며, ‘억울하게’ 또는 ‘재수가 없어서’ 희생되는 것으로 여길 것이 틀림없다.”

로만 작성되어 있다.

마땅히 수사과정에서도 피고인들이 과실범의 공동정범 관계에 있는지 여부에 대하여 신중한 검토가 이루어져야 함에도 불구하고, 법원에서 사실상 대부분의 사안에서 공동정범 관계를 세심하게 문제 삼지 않다보니 피고인들의 범행형태에 대하여는 충분한 검토와 수사가 이루어지지 않는 것이다.

이와 같은 관점에서도 법원이 다수의 과실범 사이의 공동정범 성립여부에 대한 적극적인 판단을 통하여, 수사기관으로 하여금 실체적 진실을 발견하고자 하는 노력을 더욱 충실하게 하도록 기준을 제시할 필요가 있다.

VII. 소결

이상과 같이 과실범의 공동정범에 관한 판례의 입장을 비판적으로 살펴봤다. 법원은 상당히 오랜 기간 동안 과실범의 공동정범 법리를 적극적으로 활용하여 다수의 과실이 문제된 사건을 해결해 왔다. 이를 통해 인과관계의 입증곤란을 해결하고 개별 사안의 구체적 타당성을 도모할 수 있었던 긍정적인 측면이 있는 것도 부정할 수 없는 사실이다.

그러나, 다수의 판결에서 앞서 설명한 바와 같은 여러 문제가 발견되고 있으며, 이러한 상황은 형법의 보장적 기능과 책임주의 원칙에 비추어 바람직하지 않다고 할 것이다. 이러한 문제점들은 모두 과실범의 공동정범을 부정하는 견해들이 지적하는 처벌의 부당한 확장과 책임주의원칙의 침해와 직결되는 것들이다. 따라서, 지금 시점에서 과실범의 공동정범의 법리를 어떻게 적용하고 해석할 것인지에 대하여 깊이 고민하고 논의하여야 할 필요가 있다.

제 5 장 과실범의 공동정범 성립에 관한 제언

제 1 절 문제의 소재

다수의 행위자가 고의로 범행에 가담한 경우 이들 사이에 공동정범 관계를 인정하기 위하여는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건인 공동의사에 의한 범죄의 실행사실이 요구된다. 이때 범죄의 실행사실은 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배, 즉 범죄의 결과를 실현하는 데 불가결한 요건이 되는 기능을 수행하였을 것을 필요로 한다.

그렇다면, 과실범에 있어서 구성요건에 해당하는 결과가 발생하였고 다수 관여자 각자의 주의의무 위반이 인정되는 경우, 관여자들을 공동정범 관계로 연결지을 수 있는 기준이 무엇인지 문제 된다. 형법 제30조는 2인 이상이 ‘공동하여 죄를 범한 때’라고만 규정하고 있어 공동정범 성립의 구체적인 기준과 내용은 이론과 판례에 맡겨져 있는 상황이다. 앞서 제3장에서 논의한 바와 같이 과실범의 공동정범을 인정하는 견해들 사이에서도 어떠한 기준으로 다수 관여자들의 공동정범 관계 성립을 판단할 것인지에 대하여는 다양한 견해가 존재한다. 이러한 견해의 차이는 다수 관여자들을 연결짓는 ‘공동(共同)’이라는 개념의 추상적인 특성으로부터 기인한다고 할 것이다.

판례는 과실범의 공동정범의 성립요건으로 ‘의사의 연락’ 내지 ‘공동의 목표와 의사 연락’, 그리고 ‘공동의 주의의무’ 등을 표지로 활용하고 있다. 한편, 학설은 크게 ‘공동의 주의의무’ 내지 ‘공동의 인식’ 그리고 ‘기능적 행위지배’를 과실범의 공동정범 성립요건으로 제시하는 것으로 보인다. 다수의 관여자들이 공동정범으로 의율될 경우 이들은 본인의 과실이 아닌 타인의 과실에 의한 결과에 대하여까지 책임질 수 있다는 점에서, 공동정범의 성립요건은 가능한 범위에서 구체적으로 분석되어야 할 필요가 있다.

제 2 절 과실범의 공동정범 성립요건

I. 과실범의 공동정범 성립요건 검토

과실범의 공동정범의 성립요건은 고의범과 구별되는 과실범의 특성과 요건을 고려하여 결정되어야 한다. 고의범의 경우 주관적 측면에서 정범을 공동으로 할 의사, 즉 공동의 범행 의사와 객관적 측면에서 기능적 행위지배를 통한 범행기여의 요건을 충족할 때 공동정범의 성립을 인정하나, 과실범은 공동의 의사 내지 기능적 행위지배가 아니라 과실범의 특수한 성립요건인 주의의무가 기준이 되어야 한다. 과실범과 고의범이 단독정범에서 그 구조와 성립요건이 구별되듯이 과실범의 공동정범의 구조와 성립요건 또한 고의범의 구조 및 성립요건과 다를 수밖에 없으며, 이러한 차이를 고려하여 검토하여야 한다. 과실범의 단독정범 성립에 있어서는 정범요소로서 과실 행위자의 의사나 기능적 행위지배를 요구하지 않다가, 공동정범의 판단에 있어서 이러한 요건의 구비를 요구하는 것은 납득하기 어렵다.

따라서, 과실범의 본질이 ‘주의의무 위반’에 있다는 점을 고려할 때 다수의 과실범이 공동정범에 해당하는지 여부도 각자의 ‘주의의무’ 사이의 ‘공동’을 인정할 수 있는지 여부에 따라 결정되어야 한다. 다수의 과실행위자가 부담하는 주의의무 사이에 ‘공동’으로 볼 수 있는 연결고리가 없는 경우 공동정범 관계를 인정할 수 없음은 당연하다고 할 것이다. 또한, 공동정범 역시 ‘정범’이기 때문에, ‘주의의무 위반과 결과발생 사이에 밀접한 관련성’이 있는지 여부가 성립요건으로서 고려되어야 한다. 주의의무를 위반하였으나 결과발생과 밀접한 관련성이 없는 경우까지 공동정범으로 인정하여 결과에 대한 전부책임을 귀속시킬 수 없다. 이러한 경우에는 공동정범이 아닌 개별 과실 단독정범으로서 본인의 주의의무 위반에 따른 결과에 대한 책임을 부담하면 족하다고 할 것이다.

한편, 상당수의 견해들은 과실범의 공동정범의 요건으로서 개별 행위자들에게 다른 행위자와 공동으로 행위를 한다는 인식은 필요하다거나²⁸¹⁾, 과실 행위자에게 다른 관여자들과 공동의 주의의무를 부담하고 있다는 인식을 요구하는 등 과실범의 공동정범 성립요건으로서 행위자의 인식을 요구하고 있다. 다수 관여자들 사이의 주관적 측면의 연결고리에 의해 동시범과 구별되는 공동정범이 성립될 수 있다는 것이다. 또한, 대다수의 판례들도 다수 관여자들 사이에 ‘의사의 연락’²⁸²⁾이 있어야 한다거나 ‘공동의 인식’²⁸³⁾을 공동정범 성립의 요건으로 요구하고 있다.

그러나, 다른 행위자들과 공동으로 행위를 한다는 인식(가령, 함께 건물을 건축하고 있다는 인식)은 범죄의 성립과는 아무런 관련이 없는 주관적 요소로 공동정범 성립의 요건이 될 수 없다.²⁸⁴⁾ 나아가, 경우에 따라서는 다른 행위자들과 공동으로 행위를 한다는 인식이 없는 경우에도 관여자들에게 공동정범의 책임을 물어야하는 경우도 존재하기 때문에²⁸⁵⁾, 공동으로 행위를 한다는 인식은 공동정범의 성립요건으로서 적절하지 않다고 생각한다. 대부분의 사례에서 판례는 피고인이 공동의 인식이 존재하지 않는다고 다투는 경우 객관적인 관점에서 볼 때 공동으로 행위를 한다는 점에 대한 ‘인식가능성’이 존재한다는 이유만으로 의사의 연락이 있다거나 공동의 인식이 존재한다고 판단하고 있어 실질적으로 ‘인식’의 요건은 범죄 성립요건으로서의 기능을 하지 못하고 있다.

281) 이재상, 과실범의 공동정범, 2011, 278면

282) 성수대교 붕괴 사건(97도1740 판결), 가요콘서트 공연장 사고(2006도5388 판결) 세월호 해양경비정 함장 관련 사건(2015도11610 판결) 등

283) 가슴기 살균제 피해사건(2017도13628 판결)

284) 배종대, 앞의 논문, 8면 “행위 당시에는 과실판단과 아무 관련 없는 ‘사실행위’가 있을 뿐이다. 이 사실행위에 대한 공동의사를 과실범의 의사의 공동으로 파악(행위공동설)하는 것은 형법적으로 무의미하다. 사실행위에 대한 공동의 의사는 마치 밥을 같이 먹자는 것처럼 형법이 관심을 가져야 할 사안이 아니다.”

285) 가령, A가 크림케이크의 원료인 크림을 유통업자 B에게 납품하면서 크림의 적정 유통기한인 10일에 미치지 못하는 크림을 납품하였고, C가 유통업자 B로부터 크림을 납품받아 크림의 유통기한을 경과한 이후에 케이크를 제조한 결과 하자가 있는 케이크가 제조·판매되어 케이크를 구매한 소비자들이 식중독의 피해를 입은 경우, A와 C 사이에는 공동으로 행위를 한다는 인식이 존재하지 않지만, 각자의 과실행위가 누적적으로 결과발생에 영향을 미쳤고, 각자의 주의의무 상호간에 밀접한 관련성이 있으므로 공동정범으로 의율할 수 있을 것이다.

또한, 과실행위자에게 공동의 주의의무에 대한 인식을 요구하는 것은 실현 불가능한 것으로, 과실행위자가 주의의무를 위반하는 상황에서 다른 사람들과 공동으로 주의의무를 부담하고 있다는 인식을 할 것을 기대할 수는 없다. 만약, 행위자가 이러한 인식을 가지고도 범행에 나아갔다면 이 경우는 미필적 고의범이 될 수는 있을지언정 과실범이 될 수는 없을 것이다. 과실범에 있어서 범죄의 불법성은 범죄사실의 인식 여부에 있는 것이 아니라, 요구되는 주의의무를 위반함으로써만 성립되는 것이다. 그러므로 공동정범에서 필요한 의사의 연락이라는 것은 과실범에서는 존재할 수가 없는 것이다.²⁸⁶⁾

따라서, 과실범의 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요소로서 행위자들의 인식은 필요하지 않다고 할 것이고, 관여자들 사이에 요구되는 ‘주의의무의 공동’과 과실행위자와 결과 사이에 요구되는 ‘주의의무 위반과 결과 발생 사이의 밀접한 관련성’의 요건이 있으면 충분하다고 할 것이다. 이하에서는 개별 요건의 구체적인 의미에 대하여 살펴 보도록 하겠다.

II. 주의의무의 공동

앞서 언급한 바와 같이 과실범은 고의범과 다른 행위구조를 가지고 있기 때문에 과실범의 공동정범 역시 과실범의 독특한 정범표지인 주의의무를 기준으로 공동정범 성립여부가 검토되어야 한다. 범죄에 대한 의사의 연락이 존재하지 않는 과실범에 있어서 다수의 행위자들 사이에 공동정범 관계를 인정하기 위하여 각 행위를 결속하기 위한 ‘공동(共同)’ 의미를 어떻게 구성할 것인지가 문제 된다.

종래 과실범의 공동정범 성립요건으로 공동의 주의의무 또는 주의의무의 공동을 제시하는 입장에 의하면 과실범의 공동정범의 기초가 되는 주

286) 허일태, 과실범의 공동정범이 가능한가, 50면

의의무는 그 내용과 한계에 있어서 ‘동질동량(同質同量)’이어야 하고 동일한 방법으로 동일한 범위에서 적용되는 것이어야 한다.²⁸⁷⁾ 나아가 결과실현에 이르는 행위과정이 불가분리(不可分離)하게 상호연대적이고 상호보충적인 관계로 의존되어 있어야 할 것을 요구한다.²⁸⁸⁾

이러한 관점에 비추어 볼 때 일단의 죄수를 감시하는데 있어서 한 사람으로는 불충분하여 두 사람에게 감시임무를 맡긴 경우나 혼자서는 굴릴 수 없는 큰 바윗돌을 여러 사람이 동시에 굴리다가 사람을 치어 사망에 이르게 한 경우는 주의의무의 공동이 인정다고 본다. 즉, 각 관여자들이 공동의 행위계획을 실현하기 위해 자기에게 주어진 역할을 수행함으로써 객관적으로 결과발생에 기여할 것을 요구한다.²⁸⁹⁾ 따라서, 동일한 대상에 관련된 동일한 법익보호를 목적으로 하는 주의의무라 하더라도 그 구체적인 내용을 달리할 때에는 공동의 주의의무라고 할 수 없다고 해석한다.²⁹⁰⁾

그런데, ‘주의의무의 태양과 정도’를 주의의무 동질성의 척도로 보는 경우 과실범의 공동정범의 사례로 다루어지는 대부분의 사건들이 이 범위에 포함되지 않는다. 왜냐하면 참가자들은 대부분 자신들의 주의의무의 태양과 정도가 다른 채로 범죄에 가담되는 것이 보통²⁹¹⁾이기 때문이다. 또한, 고의의 공동정범에서 범죄에 가담하는 각자의 역할이 다르듯이 과실 공동정범에서 각 관여자의 주의의무의 내용도 전체결과에 상호의존적으로 연대되어 있는 한 충분히 다를 수 있다.²⁹²⁾ 따라서, 주의의무의 공동을 판단

287) 이승호, 앞의 논문, 171면; 이용식, 앞의 논문(각주 3), 105면; 이재상, 과실범의 공동정범, 2000. 230면

288) 심재우, 앞의 논문, 117면 참조

289) 김일수/서보학, 앞의 책, 613면.

290) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 496면; 이 입장에 의하면 예컨대 죄수를 감시하는데 한 사람으로 충분치 않아 안전을 위하여 두 사람에게 감시임무를 맡긴 경우나, 혼자서는 굴릴 수 없는 바윗돌이나 하나의 나무토막을 여러 사람이 함께 굴리는 경우 공동의 주의의무가 인정될 수 있다고 한다. 이에 반하여 의사와 의사가 아닌 사람의 과실의 공동, 운전자와 운전자 아닌 사람의 과실의 공동, 한 팀으로 구성되어 있는 의료적 수술행위에 있어서 집도의, 마취의, 방사선사, 간호사 등은 동질동량의 주의의무를 지고 있지 않다고 한다.

291) 전지연, 앞의 논문, 45면 참조

292) 문채규 공동정범의 본질론에 대한 재검토, 안암법학, 2001, 173면 참조; 안성조 앞의

함에 있어 다수 관여자들이 부담하는 주의의무 사이의 ‘동질동량(同質同量)’은 불필요하다. 다수의 과실이 결합하여 결과발생에 기여하는 방식은 매우 다양하고, 이를 일률적으로 단정하기 어렵다.

결국, 주의의무 공동이 인정되는지 여부는 각자가 부담하는 주의의무가 동질(同質)적인지 아니면, 이질(異質)적인지에 따라 다르게 판단되어야 한다. 가령, 간호사 A와 B가 환자 C를 관리하고 보호하는 과정에서 부담하는 주의의무와 같이 동질의 주의의무 상호간에는 주의의무 사이의 불가분적인 연대성이 인정되는 경우 공동정범 관계의 성립을 인정할 수 있다. A와 B가 환자 C를 확인하고 감시하는 업무를 서로 나누어 부담하고 있으며, A가 C가 아닌 다른 환자를 살펴보고 있는 동안에는 B가 A를 대신하여 환자 C의 동태를 주의깊게 살펴야 하는 등 주의의무 상호간의 연대성이 인정될 때 공동정범관계가 성립할 수 있는 것이다. 대부분의 경우 하나의 조직(회사 내지 팀)에서 특정 업무를 분업적으로 수행하는 경우에는 이 경우에 속할 것이다. 즉, 각자가 부담하는 주의의무가 동질의 것이고 불가분적으로 상호연대(의존)하고 있는 경우에 공동정범 관계를 인정할 수 있다.

이와 달리 여러 과실행위자의 주의의무가 상호 이질(異質)적인 경우에는 관여자들 사이에 하나의 동일한 목표를 위하여 단계적 또는 보충적으로 불가분적인 관계가 인정되어야 한다. 가령, 건물의 설계와 시공, 감리의 각 단계에서 관여자들이 부담하는 주의의무는 서로 이질적인 성격과 내용을 가지고 있다. 건물의 설계자는 건물이 안전하게 시공될 수 있도록 설계를 하여야 하며, 건물의 시공자는 설계 내용에 충실하게 정상적인 자재를 사용하고 설계에서 누락되는 부분이 없이 공사를 진행하여야 한다. 한편, 감리자는 설계 및 시공과정에서 잘못된 부분이 없는지를 충실히 확인하고 관리하여야 한다. 이처럼 이들이 각각 부담하는 주의의무는 서로 이질적이지만 ‘건물의 건축’이라는 하나의 동일한 목표 아래 상호 밀접하게 연관되어 있다. 건물의 시공은 설계의 단계를 거쳐서만 이루어질 수

논문, 615면 참조

있으며, 설계와 시공단계의 오류나 실수를 방지하기 위하여 보충적으로 감리 절차를 거치도록 하고 있다. 따라서, 건물의 신축이라는 동일한 목표 아래 설계, 시공, 감리를 담당하는 여러 관여자들은 서로 이질적인 주의의무를 부담하고 있지만 공동정범의 관계가 성립할 수 있는 것이다.²⁹³⁾

반면, 성수대교 사안에서 쟁점이 된 것처럼 교량이 건축이 된 이후 교량을 유지·관리하는 사람들의 주의의무는 교량을 신축하는 단계에 관여한 자들의 주의의무와는 공동으로 연결될 수가 없다. 교량을 신축하는 단계에 관여한 자들은 ‘교량의 건축’이라는 하나의 동일한 목표 아래 상호 단계적, 보충적으로 연결되어 있으나, 이미 건축된 교량을 안전하게 유지·관리하는 자들은 ‘교량의 유지·관리’라는 상이한 목표를 가지고 있기 때문이다. 성수대교 붕괴 사건에서 법원은 ‘설계, 시공, 유지 관리에 관여하는 모든 사람들은 그 건물이 용도에 따라 안전하게 건축되고 사용되어 그 수명을 확보하도록 한다는 공동의 목표와 의사연락’이 존재한다고 판시하였으나, ‘건물이 안전하게 건축하고 사용되어 그 수명을 확보하도록 한다’는 것은 건물의 건축과 유지 관리라는 서로 다른 목표를 인위적으로 연결지은 것으로서 공동정범의 표지로서 요구되는 ‘동일한 목표’가 될 수 없다.

즉, 이러한 관점에 의하면 물건을 제조하는데 관여하는 사람들은 각자가 부담하는 주의의무 사이에 공동을 인정할 수 있음에 반하여, 제조된 물건을 판매하는 사람의 경우 판매자로서 부담하는 주의의무가 제조자가 부담하는 주의의무와는 공동관계를 인정할 수 없다. 왜냐하면, 물건을 제조하는 자들은 ‘물건의 제조’라는 목표를, 물건을 판매하는 자는 ‘물건의 판매’라는 서로 다른 목표를 가지고 있기 때문이다. 즉, 이질적인 주의의무를 부담하는 다수의 관여자들 사이에 공동정범을 인정할 수 있는 동일한 목표는 ‘안전한 제품의 소비자 이용’, ‘건물의 수명 유지’ 등과 같은 그

293) 가령, 세월호 침몰 사건에서 ‘세월호의 안전한 운항’을 위해서는 평소 선박의 안전한 유지·관리와 고박회사의 안전한 고박 및 과도한 적재 방지, 세월호의 선원들의 안전하고 능숙한 조타 등이 요구된다. 따라서, ‘세월호의 안전한 운항’이라는 하나의 동일한 목표 아래 단계적으로 결합되어 있는 다수 관여자들의 주의의무는 ‘공동’관계를 인정할 수 있는 것이다.

내용이 모호한 추상적인 목표가 아니라 구체적이고 단일한 목표여야만 한다.

III. 주의의무 위반과 결과발생 사이의 밀접한 연관성

한편, 여러 과실행위자들 사이에 공동정범 관계가 인정되기 위하여는 개별 관여자들 주의의무 상호간의 공동관계 뿐만 아니라 주의의무 위반과 결과발생 사이에 밀접한 연관성이 필요하다. 1인의 주의의무위반에 의한 결과 발생의 경우 해당 주의의무위반이 결과발생의 직접적이고 유일한 원인이 되었다는 점이 명백하기 때문에 문제가 되지 않으나, 다수의 주의의무가 결과발생에 영향을 미친 경우 이 중 어떠한 주의의무가 결과 발생에 주된 영향을 미쳤는지가 중요한 고려요소가 된다.

결과발생에 미미한 영향을 미친 정도에 불과한 경우에도 결과발생에 따른 전부책임을 귀속시키는 것은 공동정범의 본질에 비추어 타당하지 않으며, ‘정범’이 아님에도 ‘정범’으로 처벌하는 문제가 있다. 따라서, 과실범의 공동정범 성립여부를 판단함에 있어 주의의무 위반과 결과 발생 사이에 밀접한 연관성이 있는지 여부가 검토되어야 한다.

앞서 검토한 일부 하급심 판결 또한 유사한 취지에서 개별 주의의무위반과 결과 발생 사이에 밀접한 연관관계가 필요하다는 입장으로 보인다. ‘마우나 오션리조트 붕괴 사건’의 제1심 법원과 ‘방화대교 사건’의 항소심 법원은 “과실범의 공동정범이 성립하는 경우에는 공동의 목표 아래 각자 분업적으로 역할을 수행하는 가운데 각자의 주의의무 위반행위가 결과발생에 본질적으로 기여하였다면 그에 따라 발생한 전체 결과에 대하여 공동책임을 져야 할 것”이라고 판시하여 개별 과실 행위자의 주의의무 위반이 결과 발생에 ‘본질적으로 기여’하였을 것을 요건으로 언급하였다.²⁹⁴⁾

294) 대구지방법원 경주지원 2014. 9. 5. 선고 2014고합23 판결; 서울남부지방법원 2017. 11. 16. 선고 2016노1448 판결

따라서 주의의무 위반과 결과발생 사이의 밀접한 연관관계 유무를 판단하는 과정에서 개별 행위자의 주의의무 위반의 정도가 어떠한지, 그리고 해당 주의의무가 결과 발생과 직결되는 내용인지 등이 검토되어야 한다. 단순히 결과발생에 있어 방조 수준에 불과한 영향을 미친 경우에는 공동정범 관계를 인정하여서는 아니된다고 할 것이다.

또한, 주의의무 위반과 결과발생 사이에 밀접한 관련성이 있는지를 판단함에 있어서는 법규범을 비롯하여 건축 및 제조 등 산업분야에 있어 제조·관리·안전에 관한 규범들이 충분히 고려되어야 한다. 이 과정에서 법규범에 위반하였다면 해당 법규범이 보호하고자 하는 법익이 무엇인지, 그 법익이 사고의 결과로 침해된 법익에 해당하는지 여부도 고려되어야 한다. 가령, 건물의 이용과정에서 불법 증·개축이 이루어져 건물이 붕괴한 경우 건물의 최초 시공 과정에서 일부 하자가 발견되었다고 하더라도 발견된 하자가 건물의 안전성과는 밀접한 관련이 없는 경우에는 시공과정에 관여한 자들에게 공동정범의 책임을 귀속시킬 수 없는 것이다.

이처럼 과실범의 공동정범 성립요건으로서 주의의무위반과 결과발생 사이에 밀접한 연관성을 요구할 경우, 주의의무를 위반한 다수의 가담자들 중 결과발생에 필요불가결한 기여를 한 일부 행위자에 대하여 공동정범 관계가 성립하게 될 것이다. 이 과정에서 결과발생에 방조 수준에 불과한 기여를 한 행위자들에 대하여는 형법적으로 공동정범의 죄책을 물을 수 없게 된다. 이러한 상황에서 필요한 때에는 처벌되지 않은 가담자들에 대하여 민사의 영역에서 피해보상을 통해 형평을 도모할 수 있다고 할 것이나, 형법은 가능한 최소한의 영역에서 기능하여야 한다는 점에서 처벌의 범위를 가능한 축소하는 것이 바람직하다고 생각한다.²⁹⁵⁾

295) 민사책임이 발생한 손해의 공평, 타당한 분담을 기본 원리로 함에 반하여, 형사책임은 행위자가 자신에게 주어진 능력범위 내에서 주의의무를 위반한 것에 대하여 형벌을 부과하는 것이므로, 형사책임의 인정은 민사책임에 비하여 훨씬 엄격하고 제한적으로 인정되어야 하며, 반드시 본인의 책임범위 내에서 이루어져야 한다.

제 3 절 과실범의 공동정범 엄격해석 원칙

앞서 과실범의 공동정범을 어떠한 성립요건 하에 인정할 것인지에 대하여 살펴보았다. 그런데 공동정범 성립에 있어 요구되는 ‘주의의무의 공동’과 ‘주의의무 위반과 결과 발생 사이의 밀접한 연관성’이라는 요건 또한 추상적인 개념으로써 구체적인 사실관계에 따라 법리를 적용하는 법관에 따라 결론이 달라질 수밖에 없다. 따라서, 과실범의 공동정범의 성립요건을 어떻게 구성할 것인지 못지 않게 중요한 것은 어떠한 해석 원칙에 따라 과실범의 공동정범 여부를 판단할 것인지의 문제이다.

이러한 관점에서 과실범의 공동정범의 해석과 적용은 가능한 엄격하고 제한적으로 이루어져야 한다는 점을 강조하고자 한다. 공동정범의 성립요건을 아무리 구체적이고 제한적으로 구성한다고 하더라도, 실무상 법리를 적용하는 과정에서 성립요건을 광범위하게 해석·적용할 경우 개별요건은 실질적인 의미를 갖지 못하게 된다.

과실범의 공동정범 법리를 엄격하고 제한적으로 해석하여야 하는 이유는 아래와 같다.

우선, 공동정범은 다수의 관여자들에게 정범의 지위를 부여함으로써 발생한 결과에 대한 책임 전부를 귀속시키게 된다. 즉, 이와 같이 일부실행·전부책임의 원칙에 따라 처벌의 확장이 초래되기 때문에 공동정범의 성립은 가능한 엄격하고 제한적으로 판단되어야 한다. 대법원 역시 (고의범의) 공동정범 판단에 있어 “공동정범의 성립 여부는 범죄실현의 전 과정을 통하여 각자의 지위와 역할, 공범에 대한 권유내용 등을 구체적으로 검토하고 이를 종합하여 위와 같은 상호이용의 관계가 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되어야 하며, 그와 같은 입증이 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다”라고 설시하였는데²⁹⁶⁾, 이러한 태도는 과실범의 경우에도 당연히 적용

되어야 한다. 따라서, 과실범의 공동정범 성립은 과실행위자 각자의 지위와 역할, 주의의무의 위반 내용과 그 정도, 주의의무 상호간의 관계 및 결과에 미친 영향력 등을 구체적으로 검토하고 이러한 측면이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명된 경우에만 인정되어야 한다.

둘째, 과실범은 고의범과 달리 공동의 범행의사가 없어 다수의 관여자들 사이의 연결고리가 희미하기 때문에 과실범의 공동정범의 판단은 고의범의 공동정범의 경우보다 엄격하게 이루어져야 한다. 과실범의 경우 범행 이전 또는 범행 당시 공동으로 범죄를 실현한다는 의사가 없고, 구성요건에 해당하는 결과가 발생한 이후에서야 사후적·규범적인 관점에서 여러 관여자들이 공동정범 관계에 있다고 판단을 하게 될 뿐이기 때문이다. 이러한 판단은 책임원칙에 비추어 마땅히 엄격하고 제한적으로 이루어져야 한다.

셋째, 과실범의 특성을 고려할 때 공동정범을 통한 정범의 확대는 자제되어야 할 필요가 있다. 고의범은 구성요건의 실현을 적극적으로 인식·의욕함에 반하여, 과실범은 행위자의 부주의로 인하여 법익침해의 결과를 야기하는 경우이기 때문에 불법 및 책임의 정도가 고의에 비하여 낮다. 따라서 과실범은 고의범에 비하여 처벌의 필요성과 당위성이 낮으며, 과실범을 처벌함으로써 얻게 되는 형벌의 효과 역시 낮다고 생각한다. 이러한 관점에서 우리 형법 역시 형사처벌은 원칙적으로 고의행위를 대상으로 하고 과실행위는 원칙적으로 처벌하지 아니하되, 예외적으로 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌하도록 규정하고 있다. 비록 형법 제30조(공동정범)의 명문 규정에 의하여 처벌을 확장하는 것이라고 하더라도, 과실범의 경우 예외적으로 처벌한다는 입법자의 의사는 가능한 존중되어야 할 것이다.²⁹⁶⁾

296) 대법원 2005. 3. 11. 선고 2002도5112 판결

297) 반드시 처벌해야 할 필요성이 있는 일정유형의 과실범죄에 국한해서 과실행위로 결과발생에 기여한 모든 자를 정범으로 처벌하되, 양형은 그 결과발생에 기여한 정도에 비례해서 정한다는 입법규정을 둘 필요성이 있다는 견해도 있다(허일태, 과실범의 공동정범에 대한 대법원 판례의 변천, 동아법학 제25호, 동아대학교 법학연구소, 1999. 202

넷째, 과실범의 공동정범이 적용되는 상당수의 사례는 다수의 과실로 인하여 결과가 발생하였는데, 어떠한 과실로 인하여 결과가 발생하였는지가 불명확한 경우이다. 가령 가슴기살균제 사건(2017도13628 판결 등)에서 상당수의 피해자들은 여러 회사의 가슴기살균제 제품을 중복사용하여 폐질환 상해 내지 사망의 피해를 입게 되었는데, 실제 위 피해자들이 서로 다른 회사의 제품을 각각 어떠한 빈도와 얼마만큼 사용하였는지, 그리고 피해자들의 상해 내지 사망의 원인이 된 가슴기살균제 제품이 어느 회사의 제품인지를 입증하는 것은 현실적으로 곤란하다. 이러한 측면에서 검사는 여러 회사의 임직원들을 업무상과실치사상죄의 공동정범으로 기소하였고, 법원은 이들 사이의 공동정범 관계를 인정하였다. 그런데, 만약 의료과학기술의 발달로 피해자들의 사망의 원인이 된 제품을 정확히 특정하는 것이 가능하게 된다면, 피해의 원인이 되지 아니한 제품의 제조·판매한 피고인들을 피해의 원인이 된 제품을 제조·판매한 피고인들과 공동정범으로 의율할 수는 없을 것이다. 이처럼 수사기관이 입증곤란을 회피하기 위한 현실적 필요에 의하여 다수의 과실행위자들을 공동정범으로 기소한 사안에서, 과실범의 공동정범을 인정하는 것은 특히 자제되어야 할 필요가 있다.

다섯째, 과실범의 경우 교사 내지 방조의 형태로 범행에 가담하는 것이 개념상 불가능하기 때문에, 실질적으로 결과발생에 있어 방조의 수준에 불과한 기여를 한 과실 행위자에 대하여도 공동정범으로 의율될 수 있는 문제가 있다. 고의범의 경우에는 범행에 가담한 자의 행위가 결과 발생에 본질적인 기여를 통한 기능적 행위지배가 인정되지 아니하는 경우 방조범으로 처벌됨에 불과한데²⁹⁸⁾, 과실범의 경우에는 과실에 의한 방조가 인정되지 않아 오히려 공동정범으로 처벌될 수 있는 것이다. 또한, 고의범과

면).

298) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010도11631판결 “영업활동에 지배적으로 관여하지 아니한 채 단순히 영업자의 직원으로 일하거나 영업을 위하여 보조한 경우, 또는 영업자에게 영업장소 등을 임대하고 사용대가를 받은 경우 등에는 같은 법 제45조 위반에 대한 본질적인 기여를 통한 기능적 행위지배를 인정하기 어려워, 이들을 방조범으로 처벌할 수 있는지는 별론으로 하고 공동정범으로 처벌할 수는 없다.”

과실범 사이에는 공동정범의 성립이 불가능하기 때문에 누군가(A)가 결과 발생에 대한 고의를 가지고 타인(B)의 과실행위에 가담한 경우 A는 B의 과실행위에 의한 결과에 대하여 공동정범의 책임을 부담할 수 없게 된다. 그런데, A가 고의가 아닌 과실에 의하여 B의 과실행위에 가담한 경우에는 A가 B와 공동정범으로 의율되어 결과에 대한 전부책임을 지게 되는 상황이 발생하게 되는 것이다.

마지막으로, 비극적인 결과가 발생하여 형사절차가 진행되는 상황에서, 피의자 또는 피고인이 본인에게 과실이 없음을 주장하거나, 타인의 과실과는 무관하다(공동정범 관계가 성립하지 않는다)고 주장하는 것은 현실적으로 상당히 어렵다는 점도 고려될 필요가 있다. 실제 상당수의 판결들은 피고인이 본인의 부주의(과실)을 인정하는 경우 이를 유리한 양형요소로 고려함에 반하여, 피고인이 다른 피고인들과의 공동정범 관계를 부정하거나 결과 발생과의 연관성을 다투는 경우 본인의 잘못을 타인에게 전가시키고 있기 때문에 죄질이나 태도가 불량하다고 하여 불리한 양형요소로 고려하고 있다. 이러한 이유로 피고인이 적극적으로 본인의 과실과 타인의 과실 사이의 연관성 그리고 본인의 과실과 결과 발생 사이의 관련성에 대하여 다투기가 어렵다.

이상 언급한 사항을 종합적으로 고려할 때 과실범의 공동정범 법리의 해석과 적용은 매우 엄격하고 제한적으로 이루어져야 할 필요가 있다. ‘세월호 침몰 사건’의 항소심 판결 역시 “과실범의 공동정범을 인정한다 하더라도 공동정범 인정 시 과실범 개개인의 개별적인 인과관계 증명이 요구되지 않아 손쉽게 가별성이 인정됨으로써 형사처벌이 확대될 위험성이 있고, 일부 단계에 참여한 사람도 발생한 결과 전체에 대하여 책임을 지게 되므로 이를 엄격하게 적용할 필요성이 있다”고 하여 같은 취지의 판시를 하였다.²⁹⁹⁾ 이와 같은 엄격한 해석과 적용을 통해서만 과실범의 공동정범 법리가 본래 그 인정취지에 맞는 역할을 수행할 수 있으며, 이 과정에서 부당하게 처벌이 확대되어 피해를 입는 경우도 피할 수 있을 것이다.

299) 광주고등법원 2015. 4. 12. 선고 2014노509 판결

제 6 장 결 론

우리 법원이 과실범의 공동정범을 인정한 이후로 반세기가 넘는 시간이 경과하였다. 그동안 삼풍백화점 붕괴, 성수대교 붕괴, 세월호 침몰 등 우리 사회에 커다란 상처를 준 대형 재난사고의 책임을 묻는 과정에서 과실범의 공동정범 법리는 상당히 큰 역할을 수행하였다. 법감정의 요청에 충실히 부응하여 비극적인 결과발생과 관련된 다수의 관여자들을 빠짐없이 처벌함으로써 구체적 타당성을 확보하는데 큰 기여를 하였다.

과실범의 공동정범을 부정하는 견해들은 일관되게 과실범의 공동정범 법리로 인하여 처벌이 부당하게 확대될 것을 염려한다. 이와 같은 우려는 지금 시점에서 시의적절한 지적이 될 수 있다고 생각한다. 과실범의 공동정범의 성립범위를 넓게 해석하여 적극적으로 다수의 과실범을 처벌하는 것은 법감정적으로는 자명하다고 보일지 모르지만, 근거없는 가벌성의 확장이 될 우려가 있다. 사고와 관련된 다수의 사람들을 엄하게 처벌한다고 하더라도 이미 발생한 결과는 결코 되돌이킬 수 없기 때문이다.

형법의 전통적 임무는 법익보호이며 그 통제는 최후수단이어야 한다. 또한, 고의와 달리 과실(過失)은 일상생활에서 누구나 범할 수 있는 부주의에 의한 것으로, 과실에 대한 형벌의 부과는 신중을 기하여야 한다. 우리 형법 또한 이러한 취지에서 과실범의 처벌은 법률에 특별한 규정에 있는 경우에 한하여 인정하고 있다. 더욱이 공동정범의 형태를 통해 본인이 아닌 타인의 과실에 의하여 초래된 결과를 여러 사람에게 함께 귀속시키는 것은 매우 엄격하고 신중하게 판단되어야 할 필요가 있다. 이러한 점은 형법의 보장적 기능과 책임원칙에 비추어 자명하다고 할 것이다.

수사기관과 법원이 다수의 과실범들을 공동정범으로 의율하여 적극적으로 처벌하고 있음에도 불구하고, 대형 재난사고는 계속하여 발생하고 있

으며, 사회적으로 초래되는 피해의 정도도 과거에 비하여 크게 달라진 점이 없다. 실수와 부주의가 인간의 본질적이고 불가피한 특성이며, 우리가 영위하는 현대 산업사회의 특성상 위험이 항상 존재할 수밖에 없기 때문일 것이다. 형벌의 주요한 목적이 범죄예방에 있다는 점을 고려할 때 다수의 과실범에 대하여 공동정범의 형태로 결과에 대한 전부책임을 귀속시키는 것이 범죄를 예방하는 측면에서 어떠한 기능을 수행하였는지에 대하여 다시금 신중한 검토가 필요하다.

또한, 과실범의 공동정범이 문제가 된 대부분의 대형 재난사고의 경우 사고와 관련된 자들의 개별적인 주의의무위반 뿐만 아니라, 정부의 관리·감독 소홀과 기업의 무분별한 이익추구로 인하여 발생한 경우가 많다. 그럼에도 불구하고 비극적인 사고에 따른 책임은 오롯이 몇몇 개인들에게 귀속되고 있으며, 정부와 언론은 앞장서서 이들이 마치 고의로 사고를 초래한 것처럼 몰아세운다.

매번 반복적으로 발생하는 대형 재난사고에 대응하는 과정에서 정부는 형벌권을 이용해 피해자를 대신하여 가해자들을 단죄하는 역할을 수행할 뿐, 사고의 재발을 방지하기 위한 본질적인 노력을 소홀히 한다. 기업의 경우 마찬가지로 사고가 발생한 직후에만 개선의 노력을 할 뿐 사고를 예방하기 위한 본질적인 노력은 기대하기 어렵다. 이러한 상황에서 다수의 과실로 인하여 비극적인 결과가 초래되는 사고는 계속하여 발생할 수밖에 없으며, 그 과정에서 사고에 관련된 다수의 관여자들은 사고의 발생과 동시에 사실상 처벌을 받아야 하는 운명을 피하기 어렵다. 그러나, 이들을 아무리 엄중하게 처벌한다고 하더라도 이미 발생한 피해는 되돌이킬 수 없으며, 구조적인 개선이 이루어지지 않는 이상 재난사고는 반복될 수밖에 없다.³⁰⁰⁾ 형사처벌이 부실행정과 기업의 무분별한 이익추구에 대한 면

300) 이러한 측면에서 제조물 책임에 대한 입법과 판례의 태도는 긍정적인 측면에서 참고할 만 하다. 2017. 4. 18. 개정되어 2018. 4. 19. 시행된 제조물책임법에서 크게 3가지 주요 개정 사항이 있었는데, 첫째는 악의적 불법행위에 대한 징벌적 손해배상 제도의 도입이고, 둘째는 제조물공급자의 책임 강화이며, 셋째는 결함과 인과관계에 대한 증명 책임의 완화이다. 또한 판례는 의약품이나 고도의 기술이 집약된 제조물의 경우에는

책 수단이 되어서는 아니될 것이다.

앞서 다양한 사례를 통하여 살펴본 바와 같이 우리 법원은 처벌의 공백을 피하고자 과실범의 공동정범 법리를 적극적으로 활용하여 다수의 과실범에게 결과에 따른 전부책임을 귀속시키고 있다. 그럼에도 불구하고 법원은 어떠한 요건을 기준으로 공동정범의 성립을 긍정하고 있는지에 대하여 명확한 근거를 마련하지 못하고 있다고 생각한다. 이로 인하여 다수의 과실범이 공동정범에 해당하는지 여부는 사실상 법관의 자의적 판단에 맡겨져 있다고 해도 과언이 아니다. 이 과정에서 책임주의 원칙이 훼손되기도 하며, 예측가능성과 법적 안정성이 침해되는 문제도 발생한다.

실무적으로 검찰이 다수의 과실범을 공동정범으로 기소하는 경우 피고인 스스로가 결과에 대한 전부책임을 면할 만한 특별한 사정을 스스로 입증하지 못하는 이상 공동정범으로서의 책임을 지게 되는 상황이다. 나아가, 피고인으로서 다른 공동 피고인들과의 공동정범 여부를 다투는 것이 비극적인 사고에 대하여 잘못을 뉘우치지 않고 본인의 책임을 다른 사람에게 전가한다는 인상을 주게 되어 불리한 양형요소로 고려되기까지 한다.

필자는 본 논문을 통하여 과실범과 공동정범의 특성을 살펴보고 이를 바탕으로 과실범의 공동정범 법리가 필요하다는 점을 주장하였다. 또한, 과실범의 공동정범을 어떠한 요건 하에서 인정할 것인지에 대한 기존의 논의를 검토한 다음, 법원이 다양한 사실관계에서 과실범의 공동정범을 어떻게 적용하였는지를 살펴 보았다. 이후 다수의 판례에서 발견되는 문제점을 여러 각도에서 비판적으로 분석하고, 책임주의 원칙 등에 비추어 과실범의 공동정범 법리를 제한적으로 적용하여야 할 필요가 있다는 점을

결함과 인과관계에 관한 증명책임을 더욱 완화하는 법리를 개진함으로써 피해자 보호를 도모하고 있다(이봉민, 제조물책임에 관한 판례의 전개와 동향, 민사판례연구 41, 박영사, 2019, 1221면 이하 참고). 이러한 입법 개선과 민사적인 피해보상의 확대 등을 통한 구조적·제도적 변화를 통해 실질적인 피해 예방과 피해 회복이 이루어 질 수 있다고 생각한다.

언급하였다. 그리고 나아가 과실범의 공동정범의 성립요건으로서 ‘주의의무 위반의 공동’과 ‘주의의무 위반과 결과발생 사이의 밀접한 연관성’라는 요건을 제시하고, 구체적 의미에 대하여도 검토하였다. 또한, 과실범의 공동정범의 성립요건을 판단함에 있어 엄격한 해석원칙을 반드시 준수하여야 한다는 점에 대하여도 언급하였다.

돌이킬 수 없는 비극적인 결과가 발생한 상황에서 뒤늦게 가능한 다수의 관여자들에게 형벌을 부과하는 것이 형법의 기본원칙에 비추어 타당한지, 그리고 사회적으로도 바람직한 것인지에 대하여 다시 한 번 반성과 논의가 필요한 시점이다.

참 고 문 헌

<국내문헌>

1. 단행본

- 김성돈, 형법총론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2018
- 김일수/서보학, 새로 쓴 형법총론(제13판), 박영사, 2018
- 박상기/전지연, 형법학, 집현재, 2018
- 배종대, 형법총론(제14판), 홍문사, 2020
- 법무부 형사법제과, 독일 형법 한글번역본, 2008
- 법무부 형사법제과, 일본 형법 한글번역본, 2007
- 신동운, 형법총론(제11판), 법문사, 2019
- 오영근, 형법총론(제5판), 박영사, 2019
- 올리히 벡, 위험사회- 새로운 근대(성)을 향하여, 새물결, 2006
- 이용식, 형법총론(초판), 박영사, 2018
- 이재상, 장영민, 강동범, 형법총론(제10판), 박영사, 2019
- 임 우, 형법총론(제11판), 법문사, 2019
- 정성근/박광민, 형법총론(전정판 3판), 성균관대학교출판부, 2020
- 한국사법행정학회, 편집대표 김대휘/김신, 주석 형법(제5판), 2017
- 체사레 벅카리아/한인섭 譯, 체사레 벅카리아의 범죄와 형벌(Dei delitti e delle pene), 박영사, 2010

2. 논문

- 권오걸, 의료과실범의 주요 쟁점, 법학연구 제19권 2호, 한국법학회, 2019
- 김동률, 기업 내 이사회 결정의 형법적 책임: 불법적 결정시 공동정범의 성립가능성에 대한 독일에서의 논의를 중심으로, 형사정책연구 제25권 제1호, 한국형사정책학회, 2014

- 김광호, 과실범의 공동정범에 관한 비교법적 검토, 2009
- 김성돈, 인과관계판단과 과실판단의 분리, 형사판례연구[11], 한국형사판례 연구회, 2003
- 김성돈, 과실범의 정상의 주의의 전제조건과 형법의 일반원칙, 비교형사법 연구 제13권 제2호, 2011
- 김성룡, 과실범의 공동정범, 형사판례의 연구 I: 이재상교수화갑기념논문집, 박영사, 2003
- 김성룡, 다수인의 공동의 의사결정에서의 형법해석학적 문제점 -과실범에 있어서 부작위의 공동정범-, 비교형사법연구, 비교형사법학회, 2002
- 김성룡, 고의론에서 접근한 과실범에 있어서 공동정범, 형사법연구 제16권, 한국형사법학회, 2001.
- 김유근, 과실범의 공동정범의 구조적 문제점, 법학논총 제26권 제3호, 2009
- 김유근, 선임감독자의 일반적인 범죄방지(선임감독)의무 위반 행위의 범죄 유형- 부진정부작위범과 업무상과실범을 중심으로-, 형사법연구 제22권 제2호, 한국형사법학회, 2010
- 김재운, 현대산업사회에 있어 과실범의 재조명, 형사정책 제21권 제2호, 한국형사정책학회, 2009
- 김재희, 위험사회와 과실의 공동정범, 성균관법학 제23권 제3호, 2011
- 김환전, 일본의 과실범의 공동정범론, 2001년 한국형사법학회 하계 학술대회 논문집, 한국형사법학회, 2001
- 루이스 그레코/고명수·윤재왕 譯, 과실의 공동정범 - 하나의 비판, 안암법학, 2019
- 류전철, 위험사회와 위험형법, 법률행정논총 제18집, 전남대학교법학연구소, 1998
- 문채규, 과실범의 공동정범에 대한 논증도구로서의 기능적 범행지배표지, 법치국가와 형법(심재우교수 정년기념 논문집), 2008
- 서보학, 과실범의 공동정범, 경희법학 제35권, 2000

- 서보학, 과실의 공동정범: 필요성과 성립요건, 朴在允教授停年紀念論文集, 경일문화사, 2002
- 심재우, 과실범의 공동정범, 판례연구 제3권, 고려대학교 법학연구원, 1984,
- 박강건, 위험사회와 형법의 변화, 형사정책연구(제8권 제4호), 1997.
- 박상기, 우리나라 학설과 판례에 나타나는 공동정범의 유형과 문제점, 형사법연구(통권 13호), 한국형사법학회, 2000
- 배종대, 사법개혁과 판례개혁-결과적 가중범 공동정범의 경우를 예로 하여-, 고려법학 47권. 고려대학교 법학연구원, 2006. 10.
- 안성조, 과실범의 공동정범, 형사법연구 제19권 제3호, 2007
- 원혜옥, 기업대표이사의 형사책임귀속을 위한 형법이론 연구, 형사법연구 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007
- 유지영, 과실범의 공동정범에 관한 연구, 중앙법학 제5집 제3호, 중앙법학, 2003
- 이보영, 과실의 공동정범이론, 형사법연구 4, 한국형사법학회, 1991
- 이용식, 과실범의 공동정범, 서울대학교 법학 제44권, 서울대학교 법학연구소, 1999
- 이용식, 위험사회에서의 법익보호와 적극적 일반예방, 형사정책 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001
- 이승호, 과실범의 공동정범에 관한 판례의 검토와 학설의 정립, 형사법연구 제23권 제2호, 한국형사법학회, 2011
- 이재상, 過失犯의 共同正犯, 형사법연구 제14호, 한국형사법학회, 2000
- 이재상, 과실범의 공동정범, 2011
- 이정원, 과실범에서의 정범과 공범-과실범의 범죄구조를 중심으로, 형사법연구 제16호, 한국형사법학회
- 전지연, 과실범의 공동정범, 형사법연구 제13호, 한국형사법학회, 2000.
- 전지연, 형법적 제조물책임에서 주의의무위반과 신뢰의 원칙, 법학연구 17권 4호, 연세대학교 법학연구원 1-29, 2007

전지연, 형법상 제조물책임에서 주의의무위반에 대한 비교법적 고찰, 법학연구 18권 4호, 연세대학교 법학연구원, 2008.

정승환, 인식 있는 과실과 과실의 공동정범, 비교형사법 연구 제11권 제1호, 2009

정진연, 과실범의 공동정범, 법학논총 제8권, 숭실대학교 법학연구소, 1995
조병선 역, 발터 페론, 1990년 7월 6일 독일연방최고법원의 형법적 제조물 책임에 대한 피혁보호분문기-판결, 법학논집 제8집, 청주대학교 법학연구소, 1994

조병선 역, 山中敬一, 일본에 있어서의 과실범론의 전개와 그 현대적 과제 - 대형사고와 형사책임 -, 법학논집 제10집, 청주대학교 법학연구소, 1995

허일태, 과실범의 공동정범에 대한 판례의 변천, 刑事判例의 研究 I, 박영사, 2003

허일태, 과실범의 공동정범이 가능한가?, 고시계 제39권 3호, 1994

허일태, 과실범의 공동정범에 대한 대법원 판례의 변천, 동아법학 제25호, 동아대학교 법학연구소, 1999. 4

한정환, 다수의 과실행위와 공동정범, 범조협회, 2016

허 황. 단체결정의 가벌성에 관한 연구-범죄로 이끄는 단체결정에 참여한 자는 동시범인가 아니면 공동정범인가?-, 비교형사법연구 제19권 제2호, 한국비교형사법학회, 2017

황보명국, 중국형법학상 과실의 공범론에 관한 개요, 교정복지연구 제3호, 2006

<외국 문헌>

大塚 仁, 過失犯の共同正犯の成立要件, 法曹時報43卷 6號, 平成 3年

Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7.Aufl., Berlin, 2000

Werner Beulke·Gregor Bachmann, Die Lederspray Entscheidung, JuS 1992

Abstract

A Study on precedents for negligent co-perpetration

Yong Hyun Hwang

College of Law, Criminal Law

The Graduate School

Seoul National University

The modern society has organically integrated duty of care that the majority has to shoulder due to the development of civilization and the science technology, complication of social structure and expansion of division of labor. Therefore, in the case where a requisite of organization result occurs due to the violation of duty of care, the problem arises of who and how to place the responsibility regarding the result. If many people who have violated duty of care are ruled as joint principal offenders, the causal relationship between duty of care violation and result occurrence will be judged overall, thus comparatively easily, the responsibility of the majority can be recognized. In contrast, if the negligent co-perpetration is rejected, the individual substantiation of causal relationship is required and penalizing the majority as the principal offender becomes comparatively more difficult.

It has been more than 60 years since the court affirmed the establishment of the negligent co-perpetration. The negligent co-perpetration in many events such as ‘Sampung Department Store Collapse Event’, ‘Seungsu Bridge Collapse Event’ and ‘Sewol Ferry Sinking Event’ penalizes the majority who have committed negligence and this has functioned as a useful logic to devise the specific feasibility. However, at the same time, the scope of punishment has gradually expanded and the risk of violating the principle of self-accountability under the criminal law has augmented. The criticism that the principle of accountability should be cautiously applied to the principle of self-accountability has been persistently presented. In light of the characteristics of negligent criminal and joint principal offender, there is criticism that the joint principal offender of the negligent criminal has the effect of expanding the scope of the principal offender and, if applied incorrectly, has the potential to violate the principle of ‘in dubio pro reo’ due to improper expansion of punishment.

Against this background, the author reviewed the theories regarding the joint principal offender of the negligent criminal through this dissertation and additionally reviewed the need to acknowledge negligent co-perpetration. Subsequently, the court’s ruling on the negligent co-perpetration was critically analyzed from diverse angles, and presented a barrage of problems and contradictions found in the ruling. Through such process, the author emphasized the need for the court to more cautiously apply the principle of the joint principal offender of the negligent criminal.

Furthermore, as the conditions for the establishment of the joint principal offender of the negligent criminal, the conditions of ‘jointness

of duty of care violation' and 'intimate connection between duty of care violation and result occurrence' were presented, before reviewing its meaning in detail. Afterwards, the author examined the need to strictly interpret the requirements for establishing the joint principal offender of the negligent criminal.

The majority of issues where the negligent co-perpetration becomes a problem is when the maladministration of the nation or the relentless pursuit of profit by the company that becomes the main cause of the result. Even if some people are burdened with heavy accountability concerning the result through the punishment, the tragic situation is inevitable unless the root cause is identified, and this problem is eradicated. Although the court has thus far been actively applying the negligent co-perpetration for a long time, the actual effect of crime prevention has not been significant. Mistakes and carelessness are essential characteristics of human beings, and punishment should be applied only when necessary. In light of the guarantee function and accountability principle of the criminal code, the negligent co-perpetration should be cautiously applied under strict and limited conditions.

keywords : negligent co-perpetration, negligent criminal, principle of self-accountability

Student Number : 2017-23962